

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

MIRIAM HELENA SCHAEFFER

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS MECANISMOS DE DESVIO:
CONTRIBUTOS A PARTIR DO MODELO AMERICANO DE JURISDIÇÃO

SÃO LEOPOLDO

2008

Miriam Helena Schaeffer

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS MECANISMOS DE DESVIO:
CONTRIBUTOS A PARTIR DO MODELO AMERICANO DE JURISDIÇÃO

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do Título de Doutor em Direito
Público ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade do Vale do Rio dos
Sinos - Unisinos

Orientador Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo

2008

S524j

Schaeffer, Miriam Helena

A Jurisdição Constitucional e seus mecanismos de desvio: contributos a partir do modelo Americano de Jurisdição / por Miriam Helena Schaeffer. -- 2008.

301 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.

“Orientação: Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes, Ciências Jurídicas”.


1. Jurisdição Constitucional 2. Efetividade. 3. Mecanismos de desvio. I. Título.

CDU 342.4

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS MECANISMOS DE DESVIO: CONTRIBUTOS A PARTIR DO MODELO AMERICANO DE JURISDIÇÃO**” elaborada pela aluna **Miriam Helena Schaeffer**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTORA EM DIREITO**.

São Leopoldo, 19 de dezembro de 2008.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes _____

Membro: Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender _____

Membro: Dr. Luiz Alberto David Araújo _____

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha _____

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck _____



AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor, meu orientador, José Luis Bolzan de Moraes pelo acompanhamento neste trabalho investigativo desde as suas idéias iniciais. Em nome do Professor Doutor Lênio Luiz Streck agradeço a todos os professores do PPG-Direito da Unisinos pelas valiosas contribuições recebidas. Aos professores Michel Rosenfeld da Cardozo Law School e aos professores Bruce La Pierre, Leigh Greenhaw, John O.Haley e Associate Dean for Joint Degree Programs Michelle Shoresman da Washington University in St.Louis, pela atenção recebida e pelo acompanhamento nas pesquisas realizadas nessas Instituições. Às amigas Silvia R.B.Pinto e Andréia L. Kraemer pelas contribuições e pelo companheirismo de tantas jornadas, cada uma de sua forma especial. Aos amigos e colegas de magistério da Unisinos e colegas do PPG-D com orgulho de integrar esta Instituição. Aos meus familiares e amigos desta minha caminhada. Ao meu pai e mentor (in memoriam) a quem dedico este trabalho.

RESUMO

Entendendo fundamental a realização das promessas constantes em nossa Constituição e a adequada e satisfatória implementação do Estado Democrático de Direito, a presente investigação busca responder se é possível transpor a idéia dos mecanismos de desvio de efetividade da jurisdição identificados no sistema americano para a análise da (in)efetividade do nosso sistema. Pouco tem sido pesquisado, comparativamente, sobre o papel do Judiciário e sua função na efetiva implementação de um Estado Democrático de Direito e, menos ainda, investigada a questão inerente à implementação das decisões judiciais, tendo em vista os mecanismos de desvio que os sistemas possuem e que acabam interferindo, em maior ou menor grau, na concretização de suas decisões. No sistema americano várias pesquisas foram e vêm sendo conduzidas, buscando avaliar a atuação das Cortes, as influências existentes na maior ou menor implementação de determinadas decisões, os critérios que, igualmente, influenciam os juízes no julgamento dos *cases*, enfim, investigações que indicam os fatores que são determinantes para a efetividade das decisões judiciais e para afirmar o Poder Judiciário como propulsor de mudanças sociais qualitativas à sociedade. Admitindo as diferenças existentes entre os sistemas em questão, um da *Common Law* outro da *Civil Law*, buscamos responder se é possível transpor essas análises e identificar quais fatores afetam a efetividade da Jurisdição brasileira, ou se estes mesmos fatores podem ser encontrados aqui. Estudos realizados por cientistas políticos americanos demonstram que a maior ou menor efetividade da jurisdição está vinculada à atuação das Cortes ou do Poder Judiciário em si e, nesse sentido, à forma como as decisões são redigidas, o número de atores sociais por elas atingidos, à reação desses atores à política pública contida na decisão, a justificação utilizada na decisão, à necessidade ou não de recursos financeiros públicos para a sua implementação; se as decisões contam com o apoio das elites e dos demais atores políticos, entre outros fatores que podem ser considerados fundamentais na implementação das mesmas. Verificaremos, especificamente, as hipóteses construídas por Rosenberg na *Constraint Court View* iniciando pela análise da natureza dos Direitos Constitucionais e o quanto a interpretação constitucional realizada interfere no nosso sistema, à semelhança da primeira hipótese levantada pelo autor. Num segundo momento, associado à *Constraint II e III*, verificaremos a influência da Doutrina da Separação dos Poderes – ou seja, o fator institucional - no nosso sistema e o quanto essa influência afeta a atuação do Judiciário na sua posição de Poder, quando em relação com os demais Poderes. Verificaremos se a hipótese da crise fiscal do Estado ou a crise dos recursos financeiros afetam a atuação da Jurisdição, e se podemos afirmar que o Poder Judiciário acaba fragilizado na sua atuação por não ter a sua disposição os recursos financeiros e de pessoal, utilizando, recorrentemente a teoria da reserva do possível como fundamentação de suas decisões. A crise política ou de representação, ainda, que não considerada pelos cientistas políticos americanos, será objeto de exame, porquanto, entendemos que ela tem papel relevante, ainda que indireto, na atuação da Jurisdição Constitucional, e por tal razão, buscaremos justificar sua inclusão como um dos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional. Associado a essas hipóteses, salientaremos a importância da *Interpreting population*, desenvolvida por *Canon e Johnson*, na medida em que a deficiência na argumentação ou a ausência de devida justificação/motivação da decisão pode retirar a própria idéia de sua legitimidade e de seu conseqüente poder de convencimento e, por conseguinte, fazer com que os juízes das instâncias inferiores não se sintam convencidos a seguir a doutrina formada pelas decisões emanadas da nossa Corte. De sorte que em sede de conclusões se possa afirmar que o Judiciário pode ser efetivo propulsor de mudanças sociais na busca da superação dos mecanismos retratados.

Palavras-chave: Jurisdição. Efetividade. Mecanismos de desvio.

RESUMEN

Entendiéndola fundamental la realización de las promesas de nuestra Constitución y la adecuada y satisfactoria implementación del Estado Democrático de Derecho, la presente investigación intenta responder si es posible transponer la idea de mecanismos de desvío de efectividad de la Jurisdicción identificados en el sistema americano para el análisis de la (in)efectividad de nuestro sistema. Poco ha sido investigado, comparativamente, sobre el papel del Poder Judicial y su función en la efectiva implementación de un Estado Democrático de Derecho y, menos todavía, investigada la cuestión inherente a la implementación de las decisiones judiciales, teniendo en cuenta los mecanismos de desvío que los sistemas poseen y que acaban interfiriendo, en mayor o en menor grado, en la concretización de sus decisiones. En el sistema americano varias investigaciones fueron y vienen siendo desarrolladas, en el intento de evaluar la actuación de las Cortes, las influencias existentes en la mayor o menor implementación de determinadas decisiones, los criterios que, igualmente, influyen los jueces en el juicio de los *cases*, en fin, investigaciones que indican los elementos que son determinantes para la efectividad de las decisiones judiciales y para afirmar el Poder Judicial como propulsor de los cambios sociales cualitativos a la sociedad. Admitiendo las diferencias existentes entre los sistemas en cuestión, uno de la *Common Law* otro de la *Civil Law*, buscamos responder si es posible transponer esos análisis e identificar cuales elementos afectan la efectividad de la Jurisdicción brasilera, o si estos mismos elementos pueden ser encontrados aquí. Estudios realizados por politólogos americanos demuestran que la mayor o menor efectividad de la Jurisdicción está vinculada a la actuación de las Cortes o del Poder Judicial en sí mismo y, en ese sentido, a la forma como las decisiones son redactadas, al número de actores sociales por ellas atingidos, a la reacción de esos actores a la política pública contenida en esa decisión, a la justificación utilizada en la decisión, a la necesidad o no de recursos financieros públicos para su implementación; si las decisiones cuentan con el apoyo de las elites y de los demás actores políticos, entre otros elementos que pueden ser considerados fundamentales en la implementación de las decisiones. Verificaremos, específicamente, las hipótesis construidas por Rosenberg en la *Constraint Court View* iniciando por el análisis de la naturaleza de los Derechos Constitucionales y en qué medida la interpretación constitucional realizada interfiere en nuestro sistema, a la similitud de la primera hipótesis levantada por el autor. En un segundo momento, asociado a la *Constraint II y III*, verificaremos la influencia de la Doctrina de la Separación de los Poderes - o sea, el elemento institucional - en nuestro sistema y en qué medida esa influencia afecta la actuación del Poder Judicial en relación con los demás poderes. Verificaremos si la hipótesis de la crisis fiscal del Estado o la crisis de los recursos financieros afectan la actuación de la Jurisdicción, y si podemos afirmar que el Poder Judicial acaba fragilizado en su actuación por no tener a su disposición los recursos financieros y de personal utilizando, cotidianamente la teoría de la reserva de lo posible como fundamentación de sus decisiones. La crisis política o de representación, aún no considerada por los politólogos americanos, será objeto de averiguación, hipótesis identificada por nosotros, una vez que entendemos que ella tiene papel relevante, aun que indirectamente, en la actuación de la Jurisdicción Constitucional, y por tal razón, buscaremos justificar su inclusión como uno de los mecanismos de desvío de efectividad de la Jurisdicción Constitucional. Asociada a esas hipótesis, destacaremos la importancia de la *Interpreting population*, desarrollada por Canon e Johnson, en la medida que la deficiencia en la argumentación o la ausencia de una buena justificación/motivación de la decisión puede retirar la propia idea de su legitimidad y de su consecuente poder de convencimiento y, por consiguiente, hacer con que los jueces de las instancias inferiores no se sientan convencidos a seguir la doctrina formada por las decisiones emanadas de nuestra corte. De suerte que en ámbito de conclusiones se pueda afirmar que el Poder Judicial pueda ser efectivo propulsor de cambios sociales en la busca de la superación de los mecanismos retratados.

Palabras-clave: Jurisdicción. Efectividad. Mecanismos de desvío.

ABSTRACT

To ensure all Constitutional promises are recognized, a democratic state of law is required. To verify Brazil's difficulties in implementing a better exercise of its jurisdiction, the present investigation tries to answer whether it is possible to apply to the Brazilian system the same concept of the constraint Court view existing in the American system. Little comparative research has been completed in Brazil regarding the judiciary power and its role in helping implement a democratic state of law. Even less research has been completed regarding the implementation of judicial decisions, which consider the constraints present in the system that inhibit a courts' ability to produce significant social reforms. In the American system several such studies have either been conducted or are currently being conducted, questioning (a) the role of U.S. courts and the constraints on applying judicial decisions, (b) the key factors that judges have in mind when deciding cases, and (c) to what extent these factors impact judges' decisions. Keeping in mind the empirical studies performed by political scientists in the United States' legal system, our first inquiry is to answer whether it is possible to make the same inquiry in Brazil, or would the same constraints present in the United States be found in the Brazilian system? In both common law and civil law countries, notwithstanding the differences between the systems, and especially the United States' system where precedents have binding force, it is still possible to apply the same approaches. And very similar positions have resulted from this inquiry. Political scientists have concluded that the key factors that form the basis of a judge's final decision or the way a judge's decision is implemented include but are not limited to the following: the way judicial decisions are written, the number of social actors that are affected by the decision, the public policy contained in the decision and the reaction to the policy goals by the population, the arguments and principles used in the decision to convey it, the need of public funds to implement it or not, and whether the decision has elite or political support. Our inquiry will consider the constraints applied by Rosenberg in the Constraint Court view. Can we say that the limited nature of constitutional rights would be a constraint in our system as in the United States' system? Or is it true that in our system the concept of limited nature of constitutional rights would not apply, but the way constitutional interpretation is developed can be a constraint. Would the lack of judicial independence - or the institutional factor - considering the doctrine of separation of powers be an obstacle to courts' actions compared to the other powers of the Nation? And can the judiciary's inability to develop appropriate policies and its lack of powers of implementation be constraints that affect court effectiveness? Would the budgetary limits and the needs of other governmental branches limit the power to implement decisions, especially when there is need to use public funds? To what extent can our democratic system, or what we call "a political crises," affect the courts' role and be a constraint in building a democratic state of law. What is the interpreting population's role, as developed by Canon and Johnson, which specifically considers the way decisions are written and interpreted, ensuring such decisions are viewed as legitimate by the courts, thereby convincing lower courts' judges and other social and political actors to follow the public policy contained in the decision? Our main purpose is to answer these inquiries to prove that the Judiciary can bring about social change, so long as it acts to overcome the constraint court view.

Key words: Jurisdiction. Effectiveness and constraints.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A JURISDIÇÃO AMERICANA COMO PROPULSORA DE MUDANÇAS SOCIAIS: MECANISMOS DE DESVIO E DE OTIMIZAÇÃO	27
2.1 O Modelo de Jurisdição da <i>Common Law Americana</i>.....	29
2.1.1 A Estrutura do Judiciário Americano	29
2.1.2. A Delicada Questão da Formação do Precedente	38
2.1.3 A <i>Judicial Review</i> e as várias Eras da Suprema Corte	47
2.2 A Suprema Corte e a Interpretação Constitucional de uma <i>Structural Constitution</i>.....	65
2.2.1 A Discricionariedade da Suprema Corte na escolha dos <i>Writs</i>	66
2.2.2 A Constituição Estrutural e os vários <i>Standards</i> Aplicáveis ao Julgamento dos <i>Cases</i>	80
2.2.3 Teorias de Interpretação da Constituição	91
2.3 Mecanismos de Desvio e de Otimização à Jurisdição Americana	105
2.3.1 Os Mecanismos de Desvio de Implementação das Decisões Judiciais	106
2.3.2 As Análises Empreendidas por Rosenberg e Canon & Johnson	115
2.3.3 Mecanismos de Otimização à Implementação das Decisões.....	135
3 MECANISMOS DE DESVIO DE EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	144
3.1 A Natureza Limitada das Normas Constitucionais?.....	148
3.1.1 A Tradição Liberal-Individualista e a Interpretação das Normas Constitucionais	150
3.1.2 A Súmula Vinculante e a Justificação/Fundamentação das Sentenças	169
3.2 Os Limites da Independência Judicial - o Fator Institucional	197
3.2.1 Um “Re-Pensar” a Teoria da Separação dos Poderes.....	199
3.3 Crise Fiscal e Crise Política do Estado	227
3.3.1 A Crise Fiscal e a Reserva do Possível.....	228
3.3.2 A Democracia e a Globalização em um Ambiente de Crise Política	248
4 CONCLUSÃO	262
REFERÊNCIAS.....	278
APÊNDICE A - APPLYING A PRECEDENT – CASE STUDY.....	297

1 INTRODUÇÃO

O paradigma de Estado Democrático de Direito e a vontade de contribuir para a sua verdadeira implementação em nosso país motivam o questionamento sobre possíveis entraves presentes no sistema brasileiro e sua influência na (in)efetividade da Jurisdição Constitucional, desde situações internas ao próprio sistema jurídico, como situações externas ligadas ao contexto do Estado Contemporâneo. Esses entraves na sua atuação - que denominamos, a priori, “mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional”,¹ partindo das hipóteses suscitadas por cientistas políticos americanos e sua possibilidade de transposição - serão justamente o nosso foco nas páginas que seguem, é dizer, o objeto próprio da presente investigação.

O tema acima referido foi em grande parte estimulado pelos debates desenvolvidos nos Seminários de Qualificação do Programa de Doutorado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, em especial, o Seminário intitulado “As transformações do Estado Contemporâneo”, sob a orientação do professor Jose Luis Bolzan de Moraes, e o Seminário “Hermenêutica Jurídica”, sob orientação do professor Lênio Luiz Streck.

Discutia-se, naqueles Seminários, dentre outros temas, as várias transformações pelas quais o ente Estado vem passando, e o quanto essas afetam as condições de implementação de um Estado Democrático de Direito, notadamente, nas Democracias emergentes como a brasileira. Nesse contexto, questionava-se, igualmente, se o sistema jurídico, como estruturado e aplicado, pode contribuir para a implementação desse Estado Democrático de Direito e quais seriam as principais dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito na busca de maior efetividade desse sistema², no objetivo de edificar um Estado com essas características.

Por certo, as indagações atuais sobre o “ente” Estado afiguram-se um processo inexorável decorrente de sua própria evolução. As concepções contratualistas de formação do

¹ Intitulamos “mecanismos de desvio” os vários fatores que existem no sistema que potencialmente podem afetar, fragilizar ou mesmo retirar a efetividade das decisões judiciais e que, conseqüentemente, atingem o desempenho da Jurisdição Constitucional.

² Ao utilizar a expressão “sistemas” buscamos expressar não somente o sistema legal, mas, num espectro mais amplo, o sistema como um todo, englobando a questão econômica, as culturas jurídica, social e democrática desenvolvidas e praticadas no país em questão.

Estado, com fortes raízes políticas medievais, desenvolveram-se, significativamente, com as doutrinas que acentuavam o poder popular, com o conceito de “pacto”, de sorte que o Estado da modernidade surge, a partir dos séculos XVI e XVII em diante, fortemente inspirado pelas doutrinas de Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Kant, entre outros.

Esse Estado Moderno, inicialmente marcado por governos absolutistas, caracterizados pela centralização de poderes supremos e ilimitados na pessoa do rei, com traços feudais acentuados, separação entre Estado e Igreja, e um desenvolvimento econômico ainda incipiente, evoluiu para um Estado Liberal, constitucional, representativo, com a ascensão da burguesia às esferas, primeiro econômica, depois, de poder político, que já não mais admitia o poder ilimitado do soberano.

Quando a sociedade civil, sob a forma de livre mercado, avança na pretensão de restringir ao máximo os poderes do Estado, esse mesmo Estado, como “mal necessário” para esses atores, assume a figura do Estado mínimo, o que se torna o denominador comum de todas as expressões do pensamento liberal. Portanto, para o Estado Liberal, o aspecto central de sua teoria era e é o indivíduo e suas iniciativas, entendendo que a atividade estatal somente deve se dar para a manutenção da ordem e da segurança, com a proteção das liberdades civis e econômicas em um ambiente capitalista. Essa definição, como sabemos, vai importar significativamente na dificuldade de construção e implementação do Estado Social e, hoje, do Estado Democrático de Direito.

A passagem do Estado Liberal (Constitucional, representativo ou de Direito) para o Estado do Bem Estar Social, ou *Welfare State*³ inicia no final do século XIX, quando surge um novo componente, qual seja, a “justiça social”, com reivindicações igualitárias, impondo ao Estado a assunção de prestações positivas e labor para a consolidação das liberdades e garantias individuais, tudo associado à proteção mais efetiva nas relações de produção e trabalho.

O modelo constitucional do *Welfare State* principiou com as Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, na Alemanha, em 1919; porém, não há uma uniformidade,

³ Para fins desta pesquisa, optou-se por utilizar as expressões Estado do Bem-Estar-Social e *Welfare State* como sinônimos; portanto, para referir a esse modelo de Estado, utilizaremos as expressões de forma alternada, buscando expressar o mesmo sentido.

senão uma unidade, qual seja, a intervenção do Estado e a promoção de serviços em atendimento ao cidadão, independente de sua situação social, na sua proteção.

Não se pode negar que o Estado sempre esteve a intervir na ordem social e, por isso, a desenvolver políticas públicas. O fato é que o Estado do Bem Estar Social desencadeia um verdadeiro salto qualitativo da sociedade e enriquece o conteúdo das atuações do Estado. O Estado não mais intervém exclusivamente na ordem social como produtor do direito e provedor de segurança, mas passa a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do Direito como instrumento de implementação de políticas públicas; atua não apenas como terceiro árbitro, mas, também, como terceiro-ordenador e implementador.

O Estado passou por transformações tão marcantes nos últimos séculos que, da idéia inicial de um Estado mínimo, de tradição liberal-burguesa, onde o enfoque era a proteção das liberdades e da segurança, assumiu outro perfil, qual seja, um novo formato social resultante das crises provocadas pelas grandes guerras, não somente reconhecendo direitos, mas, agregando prestações de padrões mínimos de bem-estar: o *Welfare State*, onde, além das liberdades, as igualdades e os ditos direitos fundamentais passam a compor o pacto político constitucional na busca pela implementação do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o Estado Contemporâneo é marcado pela complexidade dos conflitos sociais; pela hipertrofia dos Poderes do Estado (preponderância do Executivo); pela progressiva burocratização da Administração Pública e de vastos setores da sociedade civil; pela crise de legitimação estatal, determinada tanto pela ineficácia das funções do sistema representativo burguês, quanto pela incompatibilidade em equilibrar as vultosas despesas públicas com as demandas populares crescentes; pela transformação de um capitalismo mercantil e industrial na prática de um capitalismo financeiro e monopolista, dentre tantas outras características.

Todavia, a incorporação ao pacto político-constitucional desses novos comprometimentos com um padrão mínimo de bem-estar e práticas assecuratórias e promocionais com as Constituições Dirigentes provocou nova transformação do próprio Estado, que se viu impossibilitado de atender à quantificação e à qualificação das demandas que surgem complexificando a gestão pública e demonstrando a deficiência ou insuficiência de respostas - já que as necessidades são ilimitadas e os recursos sempre escassos ou

controlados -, quando instado a cumprir as promessas contidas nos pactos políticos, daí emergindo variadas e sucessivas crises.

Nessa ambiência, a sociedade contemporânea apresenta uma diversidade de realidades que torna difícil o estabelecimento de uma única matriz de problemas a serem identificados e enfrentados pelos Estados Nacionais, pelas sociedades civis, pelas organizações supranacionais etc. Apesar do alargamento dos espaços econômicos e sociais do homem e do desenvolvimento da tecnologia científica, o Estado ainda fica impossibilitado, muitas vezes, de resolver os problemas mais diretamente ligados aos direitos fundamentais.

Várias crises acompanham o Estado e todas acabam por se entrelaçar e influenciar no aprofundamento umas das outras. Essa situação de crise do Estado Contemporâneo provoca vários questionamentos em todos os setores da sociedade, com vistas a responder como solucionar a questão da insuficiência ou da incapacidade do Estado na garantia do seu próprio projeto político.

E, sem sombra de dúvida, essas variadas e sucessivas crises foram, ainda, agravadas pela mudança no cenário global, com o avanço tecnológico e, conseqüentemente, pelo aumento do desemprego, afetando trabalhadores jovens e velhos, em especial, aqueles que estavam na base da pirâmide social, fazendo com que novos riscos sociais tivessem que obter resposta do Estado ante a exclusão daqueles do mercado de trabalho, o que muito contribuiu para fragilizar a estrutura social vivenciada nas últimas décadas.

Todos esses movimentos do Estado, desde a sua formulação inicial até as crises do Estado Contemporâneo, fomentaram a busca e o desenvolvimento de um Estado Constitucional, com ênfase no papel das Constituições e na atuação da Jurisdição Constitucional, legitimada pelo Estado Democrático de Direito.

Porém, esse mesmo Estado vive em crescente contexto de litigiosidade, senão vejamos. Por um lado, vivenciamos o desenvolvimento de um projeto político-institucional do Estado Constitucional, como Estado Democrático de Direito, e todas as repercussões daí decorrentes; por outro, vivemos uma profunda crise nesse mesmo Estado Constitucional que envolve o não-cumprimento do programa de políticas públicas adequadas ao modelo de Estado que se quer ver solidificar.

Na esteira da adoção das diretrizes econômicas globais, a Constituição se perde como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, fragilizando, não raro, o seu conteúdo, em detrimento dessas diretrizes, em especial, no que concerne aos Direitos Econômicos e Sociais nela previstos.

Nesse cenário, dentro da fórmula estatal contemporânea, um dos temas de grande relevância é a atuação do Poder Judiciário, a atividade jurisdicional e, muito especialmente, a atuação dos Tribunais Constitucionais. Estes, a partir da metade do século XX, passaram a ser foco central de debates, tanto nas chamadas Democracias “maduras”, quanto, mais recentemente, nas Democracias “emergentes”.

Discute-se o papel do Poder Judiciário e seus limites de atuação, a Jurisdição Constitucional, sua legitimidade e sua contribuição para a efetivação da Constituição e a implementação de um Estado Democrático de Direito. E, para a formação de um Estado realmente Democrático de Direito, poucos ingredientes têm sido tão cruciais ao seu sucesso, e ao das Democracias, quanto a crença ou a fé no “Rule of law” e, via de consequência, no Poder Judiciário.

A própria crença no “Rule of Law” passa pela compreensão dos dilemas experimentados pelo “ente” Estado: o Estado, em constante mutação e nova estruturação, exige um olhar atento à consecução de suas novas premissas. A presença das Cortes Constitucionais e seus inúmeros atributos estão entre as variáveis-chave do novo modelo de Poder Judiciário que se busca firmar e do novo modelo de Democracia que o Estado Democrático de Direito impõe.

Entretanto, a implementação do Estado Democrático de Direito passa, também, pela necessária revisão de como compreender a Constituição, para, a partir dela, buscar a sua concretização, servindo, a Carta Política, de fomento a mudanças significativas para a concretização do Estado Constitucional que ainda busca ser implementado em países periféricos, em especial, nas Democracias “emergentes”. E, nesse sentido, ele deve, igualmente, estar em sintonia com a idéia de que toda Constituição deve responder às exigências da sua época, devendo ser entendida não somente como Lei Fundamental do Estado, mas, também, como instrumento de construção de um projeto civilizatório, com força normativa e cogência.

A maioria dos países que vivenciam recente história democrática tem como modelo inspirador de seus sistemas as Cartas Políticas do Pós-Guerra da segunda metade do século XX, as chamadas Cartas Dirigentes, que possuem como ideário a realização de um Estado Democrático de Direito que garanta ao indivíduo o respeito e a concretização efetiva dos direitos fundamentais, por sua íntima conexão com a plena realização da dignidade do homem.

Nesse viés, as Constituições⁴ informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais estão no cerne do processo de redefinição de espaços entre os Poderes. O protagonismo da Jurisdição resulta de um conjunto de alterações ocorridas na sociedade, tanto no campo econômico quanto político. Essa nova atribuição de papel ao Judiciário encontra desafios para os quais, ao que o cenário revela, ele não estava preparado, em especial, em face de uma cultura da magistratura ainda vinculada a um paradigma positivista e liberal, marcado por diversos velamentos e cegueiras que denotam a crise de funcionalidade da Jurisdição.

No Brasil, o processo constituinte que culminou com a Constituição de 1988, consagrando uma postura dirigente e compromissária, sem dúvida, representa o mais avançado texto jurídico-político já elaborado no País. Foi inspirado nas Constituições europeias do Segundo Pós-Guerra e filia-se ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social. A Constituição traz positivado um catálogo extenso e aberto de direitos fundamentais, sociais, ações constitucionais, enfim, toda uma gama de direitos e obrigações praticados e garantidos pelo *Welfare State*, a par dos direitos da solidariedade, em experimentação nos países centrais europeus e ainda pouco vivenciados no Brasil e na “periferia” do mundo.

A Constituição de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos fundamentais no país. Traz como conteúdo demarcatório a ruptura com o longo regime autoritário militar que se instalara na década de sessenta, e reflete, ainda, o consenso de busca pelo democrático “pós-ditadura”. É, sem dúvida, um traço demarcatório para o projeto de Estado Democrático de Direito, a Separação de Poderes, a Federação, a Democracia, os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana, ancorando-se, ainda, no Princípio Republicano.

⁴ Constituições que, a exemplo da nossa, (art.5º.§ 2º.) consagram, inclusive, direitos fundamentais não positivados, dada a abertura do catálogo a novos e outros direitos fundamentais, sejam eles do regime e dos princípios por elas adotados ou de tratados internacionais em que o Estado seja parte.

Mas, todo o conjunto de valores e conquistas do Estado Democrático de Direito, incorporados na Carta Política, passa pelo exame dos recursos públicos, do seu esgotamento e de um conseqüente recrudescimento nos direitos sociais. Essas diretrizes colocam o constitucionalismo frente ao questionamento de o quanto a Constituição tem de normatividade, de quais os seus limites e do quão plena é a sua efetividade.

Por isso, coloca-se o dilema do constitucionalismo brasileiro, bem assim de todas as Democracias “emergentes” que incorporaram no seu texto constitucional a noção de “dirigismo” que é, hoje, o de transitar por uma teoria constitucional de cunho neoliberal ou manter-se apegado a uma teoria constitucional-dirigente.

Entretanto, com a adoção das Cartas Dirigentes, esses mesmos Estados, além de se encontrarem na contingência de ter que garantir a realização desse ideário, enfrentam as problemáticas crises estrutural e política, entre outras, que acreditamos acentuar a dificuldade no alcance à tutela desse ideário, especialmente porque sobremodo influenciados pelo paradigma liberal-individualista ainda hegemônico no pensamento jurídico-constitucional.

Ou seja, as Constituições Dirigentes, a exemplo da brasileira, propõem e buscam, por um lado, garantir a realização de um Estado Democrático de Direito e, por outro, o próprio sistema lhes retira a possibilidade de tal garantia, o que coloca em xeque a efetividade da atuação da Jurisdição Constitucional.

Resulta inegável, nesse contexto, que o Direito tem que preservar uma crescente autonomização. A Constituição, nessa esteira, é a manifestação expressa do grau de autonomia do Direito. Ressalta-se, igualmente, que a consagração dos direitos sociais nas Constituições contemporâneas agrega considerável aumento de complexidade ao Estado de Direito, onde o Judiciário atua compensando os déficits provocados pelo próprio ordenamento e permanece com o desafio de conferir eficácia aos programas de ação de Estado.

Assim, diferentemente das exigências e da compreensão do Estado Liberal, a Jurisdição Constitucional contemporânea acabou se firmando como o mais importante instrumento de contenção do poder político nas Democracias, a parte de ser considerada um elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito, a partir da incorporação, pelas Constituições, de direitos fundamentais de cunho prestacional (os de

segunda dimensão) e dos direitos da solidariedade (ditos de terceira dimensão). Rapidamente, deixou, o Judiciário, de ser somente o árbitro de papel limitado entre os Poderes do Estado, um limitador dos poderes de intervenção do Estado na esfera individual idealizado pelo Estado Liberal.

Essa mudança paradigmática, por óbvio, foi vivenciada nos mais diversos países de forma singular, de acordo com as suas realidades. Resulta que qualquer estudo comparativo, como está à base dessa proposta de investigação, tem de contemplar a pluralidade de estruturas sociais e de suas instituições. Isso porque muitos esquemas constitucionais perfeitos em certo Estado, ao serem transplantados para outro, revelam-se profundamente inadequados, em razão de o novo meio social e cultural não estarem preparados para receber e exigir soluções diversas, o que acentua a necessidade de intervenção maior, precipuamente, do Judiciário, na implantação dos novos elementos, sem a quebra dos elementos essenciais preexistentes, no que a Jurisdição Constitucional encontra sua principal contribuição.

A Jurisdição Constitucional passou a exercer forte poder de controle do poder político nas democracias contemporâneas, buscando um equilíbrio entre as minorias e as maiorias legislativas ocasionais, em especial nos países que adotam o presidencialismo. Em verdade, a Jurisdição Constitucional mantém com a Democracia constante tensão legitimadora. A questão se coloca no quão legítimas são as decisões das Cortes Constitucionais, formadas por juízes que ocupam cargos vitalícios e que não estão sujeitos ao controle político que estão os demais Poderes da Nação, a chamada *countermajoritarian difficulty*.

Essa legitimidade passou a ser ainda mais questionada a partir da necessidade de uma maior atuação do Judiciário nos Estados com Democracia ainda incipiente. Como decorrência desta situação, hoje, a atuação da jurisdição constitucional encontra-se sob acirrado debate, tendo em vista os limites de sua atuação e o papel que se espera seja por ela desempenhado, no contexto de um mundo globalizado. Como vimos abordando, no Estado Social, alteram-se os padrões legislativos e estes influenciam na redefinição da atividade jurisdicional tornada mais atuante e mais pró-ativa (não necessariamente arbitrária), para atender à aplicação de um direito mais principiológico e de conteúdo aberto.

A concepção de Jurisdição Constitucional que aqui expomos não pode ser entendida meramente pelo controle de constitucionalidade existente em determinado sistema. Pode-se dizer que o controle de constitucionalidade é somente uma das várias possibilidades de atuação da força normativa da Constituição. Entretanto, partimos do pressuposto de que toda Jurisdição é Jurisdição Constitucional, não podendo ser feita distinção de atuação pelo julgador na aplicação da legislação infraconstitucional ou das normas constitucionais. Estas são inerentes a todo o processo de decisão judicial; por tal razão, ao nos referirmos à Jurisdição Constitucional, temos em mente a compreensão da Jurisdição como um todo, e não, de forma exclusiva, a jurisdição exercida pelas Cortes Superiores.

Os segmentos mais conservadores da sociedade, em especial, certos ocupantes dos Poderes Legislativo e Executivo, discutem e questionam o avanço dos Tribunais sobre espaços que consideram de domínio do processo político, levantando questões quanto ao Princípio da Separação dos Poderes e aos limites de atuação do exercício da Jurisdição Constitucional no modelo de Estado Democrático de Direito.

As posições mais extremas não admitem sequer discutir a possibilidade de uma atuação distinta ao Judiciário para os tempos atuais, firmes na crença de que o ativismo judicial é de todo incompatível com a Democracia, em que, quem não tem votos, não tem legitimidade para emitir comandos com força de lei.

Essa tese pode e deve ser refutada sob o argumento de que os juízes, embora não possuam legitimidade garantida pelo voto para produzir normas jurídicas, têm, fundamentalmente, a vinculação normativa constitucional que lhes determina decidir dentro dos parâmetros por esta definidos. A legitimidade democrática dos juízes é originária e advém do poder constituinte que conferiu a função de “dizer o direito” ao Poder Judiciário.

Entretanto, a questão que envolve a definição do modelo de Judiciário e de Jurisdição Constitucional que gostaríamos de ver praticada está intimamente ligada ao conceito de Estado e ao papel do Estado na sociedade contemporânea. Esta definição perpassa o questionamento sobre o modelo de atuação que se espera da Jurisdição Constitucional, e nesse campo, ainda há muito a ser desenvolvido no aperfeiçoamento desse debate. Várias questões influenciam na elucidação do tema. Por exemplo, em que medida as forças políticas

estão envolvidas nas disputas levadas ao Judiciário? Ocorre influência ou pressão externa sobre os magistrados? Os juízes em nosso país atuam ideologicamente?

Qual é, afinal, a função ou quais são os limites de interferência dos Poderes do Estado em um Estado Democrático de Direito e, em especial, do Judiciário, na vida do cidadão? Deve, o Judiciário, definir questões Políticas até então reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo? Qual é a concepção de *self restraint* que deve ser aplicada em uma Democracia como a brasileira neste início de século XXI? Deve o Judiciário intervir ativamente na criação e na condução das políticas públicas, especialmente, na garantia de implementação de políticas de real atendimento do cidadão, em vários níveis, ou somente atuar como garantidor da liberdade individual e da propriedade?

As dificuldades de implementação dos direitos, em especial, os sociais, impõem um caráter transformador à Jurisdição, obrigando-a a tratar as questões que antes seriam consideradas próprias, da essência da função dos demais Poderes. Muito, então, da crise do Poder Judiciário coincide com uma crise geral das relações entre o Estado e a sociedade, em um contexto de democratização, de ruptura com os padrões tradicionais de subordinação, desaguando essas demandas em um aparelho institucional inibido, ao longo de décadas, de qualquer outra função que viesse a transcender a mediação de conflitos entre direitos.

Mas o alcance desta Justiça Social não será possível sem o trabalho constante dos operadores do direito e da sociedade em geral, no sentido de superar as vicissitudes que esta encontra para o atingimento dessa meta. Dessa realidade, surge o questionamento sobre os vários entraves presentes no sistema e que influenciam na (in)efetividade da Jurisdição Constitucional.

Buscaremos, com base em um suporte doutrinário e, no possível, amparados em dados empíricos, afirmar a existência de mecanismos de desvio à efetividade da Jurisdição brasileira que impedem a melhor implementação do Estado Democrático de Direito.

Entendendo-se fundamental a realização das promessas constantes em nossa Constituição, que sofreu verdadeira transformação na última década, muito pela cada vez mais acentuada crise do Estado Contemporâneo, impõe-se perquirir se a idéia dos mecanismos de desvio identificados em um sistema alienígena, precisamente, no sistema

americano, pode ser transposta para a análise das insuficiências do nosso sistema ou se outros são os mecanismos aqui presentes. Eis o nosso enfoque nesta pesquisa.

Com efeito, pouco tem sido pesquisado, comparativamente, sobre o papel do Judiciário e sua função na efetiva implementação de um Estado Democrático de Direito e, menos ainda, investigada a questão inerente à aplicação ou à implementação das decisões judiciais, tendo em vista os mecanismos de desvio que os sistemas possuem e que acabam interferindo, em maior ou menor grau, na concretização de suas decisões e de um Estado de Direito, ante o descompasso com a realidade social.

Cientes deste vácuo ou ausência de uma pesquisa mais detida sobre a atuação das Cortes, ou mais pontualmente, da efetividade das decisões judiciais no nosso sistema, inspiramo-nos nos trabalhos investigativos existentes sobre esse tema no debate doutrinário e acadêmico americano, desenvolvidos por cientistas políticos, bem como no resultado dessas investigações, dando conta do quanto o Judiciário pode ser propulsor de mudanças sociais, tendo em vista a implementação das suas decisões.

Naquele sistema, efetivamente, várias pesquisas foram e vêm sendo conduzidas, buscando avaliar a atuação das Cortes, as influências existentes na maior ou menor implementação de determinadas decisões, os critérios que, igualmente, influenciam os juízes no julgamento dos *cases*, enfim, investigações que indicam os fatores que são determinantes para a efetividade das decisões judiciais e para o Poder Judiciário como propulsor de mudanças sociais qualitativas à sociedade.

Questionam, os cientistas políticos, recorrentemente, qual é o papel das Cortes no sistema americano; quando e sob que condições podem as Cortes contribuir para mudanças sociais; qual é a visão que melhor compreende a realidade política, na medida em que as Cortes americanas, encaradas como instituições políticas, são tidas como peças importantes na máquina estatal. Nessa perspectiva, questionam, os cientistas políticos, em que nível e sob que circunstâncias o processo judicial pode ser usado para produzir significativas mudanças políticas e sociais na comunidade e quais são os seus entraves.

Os resultados são bastante indicativos no sentido de que o Poder Judiciário americano, mesmo sofrendo forte influência de uma sociedade com sérias divisões sócio-

econômicas, raciais, entre outros, se mostrou peça fundamental nas mudanças sociais implementadas, em especial, nas décadas de cinquenta e sessenta, no combate, por exemplo, à segregação racial e na garantia das liberdades individuais, sendo componente importante no desenvolvimento qualitativo da sociedade.

Essas análises, associadas aos temas que desenvolvemos nos Seminários de Qualificação e ao contexto estatal ainda à pouco referido, motivaram o questionamento em relação ao sistema brasileiro. Poderíamos identificar tais fatores no nosso sistema? Admitindo todas as diferenças existentes entre os sistemas em questão, um da *Common Law*, outro, da *Civil Law*, seria possível transpormos algumas dessas análises e buscarmos identificar quais fatores afetam a efetividade da Jurisdição brasileira, ou se estes mesmos fatores poderiam ser encontrados aqui?

Pode, o exame do modelo de Jurisdição alienígena, como o americano, com seus próprios mecanismos de desvio, contribuir, de alguma forma, para a investigação dessas hipóteses no nosso sistema? Será possível importar essas idéias, tendo em vista as diferenças não somente sócio-políticas da sociedade, mas, igualmente, do sistema legal?

Estudos realizados por cientistas políticos americanos demonstram que a maior ou menor efetividade da Jurisdição está vinculada à atuação das Cortes ou do Poder Judiciário em si e, nesse sentido, à forma como as decisões são redigidas, ao número de atores sociais por elas atingidos, à reação desses atores à política pública contida na decisão, à fundamentação e à justificação utilizada na decisão, à necessidade ou não de recursos financeiros públicos para a sua implementação, se contam com o apoio das elites e dos demais atores políticos, entre outros fatores que podem ser considerados “*key factors*” na implementação das mesmas.

No capítulo relativo à Jurisdição americana, em específico, no subcapítulo destinado ao exame dos fatores que influenciam, positiva ou negativamente, na atuação das Cortes, portanto, veremos as várias hipóteses suscitadas pelos cientistas políticos como fatores que interferem na implementação das decisões e, conseqüentemente, na efetividade e no papel do Judiciário como propulsor de mudanças sociais.

Além dos vários mecanismos de desvio existentes, pode-se identificar, naquele sistema, instrumentos apontados como de otimização, tais como a utilização de *Masters*⁵ para acompanhamento da implementação das decisões judiciais, o modelo sentencial com ampla fundamentação e justificação, o *contempt of court*, o *mandatory injunction*, entre outros que podem servir para a otimização da Jurisdição com vistas a corrigir desvios e dar máxima eficácia à Jurisdição.

Desde essa perspectiva, dividimos nossa pesquisa em duas etapas. A primeira etapa examinará a Jurisdição Constitucional americana, a estrutura do Judiciário, a atuação da Suprema Corte em vários momentos distintos de sua história. Abordaremos os *standards* aplicáveis aos julgamentos dos *cases* desenvolvidos pela Suprema Corte, a doutrina e a interpretação constitucional, a *judicial review*, a doutrina do *stare decisis* entre outros temas.

Ainda nessa etapa, e de especial interesse investigativo ao tema ora proposto, salientaremos os mecanismos de desvio e de otimização existentes no sistema americano e apontaremos, caso identificados, os eventuais instrumentos de correção, isto é, que possibilitem maior efetividade, de sorte a contribuir para a otimização da Jurisdição. Os pontos de especial relevância nessa parte da pesquisa serão os mecanismos potencialmente negativos que influenciam na maior ou menor efetividade da Jurisdição, inclusive, a utilização do próprio *distinguishing*, que serve, duplamente, ora para fugir à vinculação do precedente, tendo em vista posicionamentos ideológicos distintos entre os Tribunais ou do próprio Juiz que julgará o *case*, ora possibilitando a realização da Justiça ao caso concreto, servindo, pois, tanto para otimizar como para burlar a implementação do direito.

Isso porque, ao analisar o sistema americano, contata-se uma atuação mais direta e efetiva do Judiciário na formação e na condução das políticas públicas concebidas para a sociedade, exatamente pela concepção de que é a Corte, mediante o julgamento do *case*, *que diz o que é o Direito da comunidade*. Ou seja, a lei somente se tornará Direito a partir da concretude fática, nascendo, então, o Direito ao caso concreto, já aparecendo aí uma das marcantes diferenças existentes entre os modelos que serão comparados.

⁵ Via de regra, utilizaremos, nesta investigação, as expressões conforme na língua de origem, porquanto, nosso sistema legal em inúmeras situações não possui hipótese idêntica aplicável, ainda que, alguns institutos, possam ser comparados com outros com características semelhantes.

Verifica-se, *a priori*, um forte controle das Cortes na concretização ou implementação da decisão judicial, em especial, quando o ente público responsável pela aplicação do que foi decidido se mostra evasivo ou mesmo busca esquivar-se do cumprimento da decisão, emergindo um considerável deslocamento de poder para o Judiciário *step in*, pela ausência de cumprimento do outro Poder de suas atribuições e competências.

As pesquisas desenvolvidas questionam qual é a influência na efetividade da decisão, o tipo de população para a qual a mesma é dirigida. Juízes, advogados, promotores, agentes públicos ou a sociedade em geral, interpretam distintamente as decisões; nesse sentido, a forma como a decisão é redigida, clara e concisa, ou se utilizando conceitos vagos e abertos, poderá interferir significativamente na sua implementação e, conseqüente, na sua efetividade.

Ainda, colocam em questionamento o quanto a natureza limitada das normas constitucionais e a ausência de maior independência do Judiciário em relação aos demais Poderes acaba por interferir na efetividade das decisões e na contribuição deste Poder às melhorias sociais.

Tendo em mente as premissas desenvolvidas na primeira parte deste estudo, no tocante à Jurisdição americana, e cientes das dificuldades encontradas no nosso sistema, enfrentadas pela Jurisdição Constitucional, tendo em vista o contexto acima retratado, a segunda etapa buscará apontar os mecanismos que acabam interferindo, especialmente, no papel da Jurisdição como propulsora de mudanças sociais e, conseqüentemente, na implementação de um Estado Democrático de Direito, em um ambiente de crise fiscal e política, onde se impõe uma discussão, por um lado, de MENOS Estado, que leva a MAIS Estado “Jurisdicional”.

Investigaremos os mecanismos de desvio da Jurisdição Constitucional brasileira, partindo das premissas estabelecidas ao sistema americano para, então, identificar os mecanismos potencialmente hábeis à burla de seu conteúdo decisório, entre eles, o uso reiterado da “Teoria da Reserva do Possível” em um ambiente de crise fiscal e a crise política que afeta o modelo de Democracia representativa.

Importante, também, será verificar o quanto o paradigma liberal individualista e a visão racionalista que impera no meio jurídico afigura-se outro mecanismo de desvio da

efetividade da Jurisdição e pode estar conectado à interpretação das normas constitucionais e à instituição das Súmulas vinculantes e impeditivas de recurso que vêm, *a priori*, para engessar o controle difuso, fragilizando a Jurisdição Constitucional, impondo o entendimento da cúpula máxima do Poder Judiciário, sem o necessário instrumento de distinção, ao contrário, pois, do modelo americano em que há vinculação ao precedente, mas, em contrapartida, existe, também, a possibilidade de uso do *distinguishing*.

Ainda, investigaremos se a concepção da Doutrina da Separação de Poderes pode ser compreendida como mecanismo de desvio de efetividade ou se nossas Cortes e, nesse contexto, o nosso Supremo Tribunal Federal, indicam uma mudança de posição no sentido de redefinição do seu papel ante os demais Poderes.

A partir do alcance dessas respostas, nosso objetivo será o de verificar se é possível afirmar, em sede de conclusões, que, se, superados esses fatores, o Judiciário poderá ser propulsor de mudanças sociais qualitativas ou mesmo assumir um papel mais direto na criação e na implementação de políticas públicas, atendendo às diretrizes estabelecidas na nossa Constituição Federal.

Em síntese, esses serão os momentos temáticos da tese: A Jurisdição da *Common Law* americana e a Jurisdição Constitucional brasileira, com enfoque específico sobre as hipóteses que intitulamos “mecanismos de desvio”, com o contributo da análise comparativa ao nosso sistema.

Entretanto, é fundamental ter em mente algumas distinções importantes dos sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* para que se possa, desde logo, afirmar que, mesmo cientes dos limites de transposição das análises empreendidas no sistema americano ao nosso sistema, inclusive, pelo próprio método investigativo lá realizado, distinto do nosso, acreditamos ser possível a utilização das hipóteses lá pesquisadas e adequá-las à investigação ora realizada. Este será o nosso desafio.

Não há olvidar que, entre esses limites, encontramos, em especial, a ausência de vinculação ao precedente, que dificulta nossa análise a partir de *cases* e sua posterior aplicação. Como nosso sistema não prevê a vinculação obrigatória ao precedente estabelecido pela Corte Superior, não há, *a priori*, como verificar se os juízes das Cortes inferiores seguem

o entendimento da Corte Superior, tampouco, qual foi a aplicação concreta da decisão. É verdade que, hoje, os *sites* de jurisprudência são importante fonte de pesquisa ao meio jurídico para verificação da aceitação de determinado posicionamento jurisprudencial firmado pelas Cortes. Tanto é assim que o sistema trabalha intensamente com a noção de “jurisprudência pacificada” das Cortes Superiores. Desse modo, esse elemento pode servir de dado empírico para a presente pesquisa e nesse contexto será utilizado.

A vinculação ao precedente no sistema americano da *Common Law*, e o volume de demandas crescente, associado ao desenvolvimento tecnológico, acabou por incentivar na criação e no desenvolvimento de programas de controle de aplicação dos precedentes da Suprema Corte, de sorte que, na atualidade, para saber se determinado precedente ainda é vinculativo ou não - *good or bad law*, conforme a expressão lá utilizada, significando se o precedente não foi *overruled* pela Suprema Corte -, o operador do direito acessa o *site* da *Westlaw* ou da *Lexis/Nexis*, digitando as palavras-chave do caso concreto e terá todo o histórico de aplicação do precedente.

Outra distinção que importa ressaltar é a noção dos operadores do direito e, em especial, dos juízes, sobre a criação do Direito pelos Tribunais e, nesse contexto, a criação de políticas públicas. Enquanto ao sistema da *Common Law* a noção do juiz como criador do direito aplicável à comunidade está fortemente presente no imaginário da sociedade, já em nosso sistema, essa hipótese ainda é fator que causa certa estranheza e desconfiança. Daí, em linhas gerais, em grande parte, resulta, hoje, todo o debate sobre a jurisprudencialização do direito e os limites desta jurisprudencialização num país de tradição da *Civil Law*.

Ressalte-se, ainda, que a pluralidade de pesquisas realizadas no sistema americano, estudando o papel das Cortes, sua atuação, sua efetividade, o papel dos juízes, a aceitação das decisões, permitiu as conclusões identificadas pelos autores americanos. É fator muito interessante o quanto a sociedade americana trabalha com elementos de pesquisas e o resultado destas na ampliação e no desenvolvimento da sua efetividade.

Já o nosso sistema se ressentia desse movimento. A quase total ausência de dados empíricos ou pesquisas que estudem o Poder Judiciário e a questão da implementação das decisões no Brasil dificulta uma conclusão mais taxativa sobre o papel desse Poder de Estado no desenvolvimento e na maior implementação do Estado Democrático de Direito, o que

determina que a transposição da análise empreendida pelos pesquisadores americanos para o nosso sistema seja um pouco diversa, de sorte que estabeleceremos nossas premissas com base num consenso doutrinário e na jurisprudência colacionada, que servirão de guia para a construção e o desenvolvimento das hipóteses transpostas, a fim de podermos ou não afirmar a sua presença em nosso sistema.

Certamente as hipóteses que suscitaremos não esgotam ou encerram todos os mecanismos de desvio existentes no sistema brasileiro. Por certo, sob vários outros ângulos de investigação, outros mecanismos possam, ainda, ser identificados. Temos consciência dos limites investigativos do tema que estaremos a desenvolver, até mesmo pelo ineditismo que a análise representa em nosso sistema, especialmente, quanto ao enfoque escolhido.

Especificamente, dividiremos a pesquisa referente aos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional brasileira em três subcapítulos. Verificaremos as hipóteses construídas por Rosenberg na *Constraint Court View*; a natureza dos Direitos Constitucionais e sua interpretação e como isso interfere no nosso sistema, à semelhança da primeira hipótese levantada pelo autor. Num segundo momento, associado às *Constraint II e III*, verificaremos a influência da Teoria da Separação dos Poderes no nosso sistema e o quanto ela afeta a atuação do Judiciário na sua posição de Poder, quando em relação com os demais Poderes. Ainda, o quanto nosso Judiciário assumiu ou não um papel mais ativo na condução de diretrizes que importem num deslocamento de poder ante a inércia dos demais Poderes.

Verificaremos se a hipótese da crise fiscal do Estado ou a crise dos recursos financeiros afetam a atuação da Jurisdição, e se podemos afirmar que o Poder Judiciário acaba fragilizado na sua atuação por não ter à sua disposição os recursos financeiros e de pessoal, necessitando dos demais Poderes para efetiva atuação. Ou, ainda, se a essa idéia também não estará associado o argumento da Separação dos Poderes e a necessária interdependência destes para a concretização das políticas públicas.

Tanto no sistema americano quanto no sistema brasileiro, a questão dos recursos fiscais está presente, pois a “chave do cofre” está com o Executivo; entretanto, enquanto a sociedade americana vivenciou a maior parte da sua história com recursos ilimitados, com algumas exceções, é verdade, o nosso Estado vivencia séria crise de recursos fiscais, sendo

amplamente difundido pela doutrina nacional a ausência de recursos pelo Estado como um dos fatores que fragilizam a implementação das decisões e, da própria criação e implementação de políticas públicas pelo Executivo. Assim, esta hipótese será por nós desenvolvida com ênfase na crise fiscal do Estado.

A crise política ou de representação, ainda que não considerada pelos cientistas políticos americanos, será objeto de exame, hipótese esta distinta, por nós identificada, porquanto, entendemos que ela tem papel relevante, ainda que indireto, na atuação da Jurisdição Constitucional, e por tal razão, buscaremos justificar sua inclusão como um dos mecanismos de desvio de efetivação da Jurisdição Constitucional.

Associado a essas hipóteses, salientaremos a importância da *Interpreting population*, desenvolvida por *Canon e Johnson*, na medida em que a deficiência na argumentação ou a ausência de devida justificação/motivação da decisão pode retirar a própria idéia de sua legitimidade e de seu conseqüente poder de convencimento e, por conseguinte, fazer com que os juízes das instâncias inferiores não se sintam convencidos a seguir a doutrina formada pelas decisões emanadas da nossa Corte Suprema, estimulando na população e na classe jurídica em geral constante questionamento com a infundável interposição de recursos.

Enfim, esses são os contornos da análise proposta nesta investigação. Buscaremos ressaltar os vários fatores que intitulamos “mecanismos de desvio” e que, portanto, entendemos determinantes para o alcance de uma maior efetividade da Jurisdição e, ainda, para que possamos responder positiva ou negativamente à questão das Cortes como propulsoras de mudanças sociais. Seguiremos as hipóteses presentes no sistema americano, sempre tendo em mente as limitações normais decorrentes da diferença dos sistemas conforme já salientamos.

Ainda que a pesquisa indique a utilização de um método de análise comparativa e empírica em linhas tradicionais, não é possível interpretação sem compreensão; portanto, para comparar e interpretar, faz-se, antes, necessário compreender. Assim, a metodologia da fenomenologia nos parece a mais próxima e a mais adequada aos objetivos desta proposta de pesquisa.

Por fim, salientamos, novamente, que nosso processo reflexivo não tem pretensões de ser exaustivo, mas, sim, de servir de ponto inicial ao debate exposto e explorado na investigação. Igualmente, desde logo, é necessário ressaltar que a investigação será por nós desenvolvida com base num consenso doutrinário a respeito dos variados temas, corroborado pela jurisprudência de nossas Cortes, ante os limites de transposição acima já expostos, e a ausência de maiores dados empíricos sobre o tema no nosso sistema que permitam uma conclusão mais taxativa.

Em face dos vários aspectos que a presente pesquisa envolve e da relevância do tema, esperamos despertar no leitor a necessidade de aprofundamentos tópicos, o debate e desenvolvimentos em futuras análises, na busca de soluções de consenso, que logrem romper o ciclo de fatores ou desvios aqui apontados e, assim, contribuir para uma maior efetividade jurisdicional em nosso país e na maior implementação do Estado Democrático de Direito.

2 A JURISDIÇÃO AMERICANA COMO PROPULSORA DE MUDANÇAS SOCIAIS: MECANISMOS DE DESVIO E DE OTIMIZAÇÃO

Antes de adentrarmos os tópicos a serem enfrentados neste capítulo, convém uma digressão preliminar sobre o que nele especificamente iremos tratar, além de algumas considerações que, desde logo, precisam restar assentadas. Optamos por trazer uma abordagem, ainda que não completa, mas dentro das possibilidades, a mais ampla possível, da Jurisdição americana, no que tange ao Direito Constitucional e ao manejo das decisões judiciais. Iremos salientar os aspectos que entendemos relevantes para a adequada análise a que nos propomos.

Desde logo, é importante salientar a diferença entre os sistemas jurídicos. Estamos abordando um sistema jurídico diverso do nosso sistema. O Direito americano é filiado à família da *Common Law*, portanto, distinto do brasileiro, filiado, à sua vez, à família da *Civil Law*. E, ainda que distinta, em termos procedimentais e substanciais, a atuação da Jurisdição, em outros aspectos, ela é muito próxima ante a forte influência que exerceu e exerce como modelo a sua Jurisdição Constitucional, ou, mais especificamente, a atuação da Suprema Corte Americana e o controle difuso de constitucionalidade.

Outra premissa que deve de pronto estar presente é a diferença na formação da sociedade americana, em especial, na idéia de “liberdade” que, nos Estados Unidos da América, moldou o próprio desenvolvimento econômico da sociedade e até hoje está muito presente na idéia de autoregulação social, de autonomia privada, refletindo no desenvolvimento do Direito e na interpretação constitucional, preocupada com a não interferência do governo na *life, liberty and property* do homem.

Ou seja, um Estado com acentuadas características “liberais” e que, distintamente da maioria dos Estados Europeus, não assumiu a noção do *Welfare State*, seguindo uma matriz constitucional, sim, mas, com instrumentos a partir da própria sociedade, da implantação de políticas públicas e da regulação jurisprudencial criada pela Corte Suprema.

Antes, porém, de identificarmos os mecanismos de desvio e de otimização existentes no sistema - que será o tema desenvolvido no terceiro subcapítulo - para melhor compreensão

do leitor, é necessária uma abordagem da estrutura judiciária e procedimental do sistema legal para, posteriormente, examinar a atuação da Suprema Corte Americana, os efeitos desta atuação sobre os demais Tribunais da Nação, e a influência da Jurisdição Constitucional na construção de um Estado Democrático de Direito.

Assim, entendemos importante examinar questões práticas como a elaboração das decisões, a forma como se dá a aplicação ou a vinculação do precedente em casos posteriores, em especial, o procedimento do *distinguishing*. Essa análise é importante no sentido de expor questões procedimentais do sistema e que acabam por propiciar desvios da aplicação do precedente, o que pode acarretar, em vários níveis, a fragilização da Jurisdição Constitucional.

Será, também, objeto de enfoque o surgimento da *Judicial Review* e os seus desdobramentos, o conteúdo e a extensão de algumas decisões da Corte em épocas como a Era Marshall, por ocasião do surgimento da *Judicial Review*, a *New Deal Era* de forte intervenção da União nos Estados, a *Warren Court* e os famosos *cases* que acentuaram a garantia de liberdades civis, a *Rehnquist Court* com seu acentuado perfil conservador e o papel da Suprema Corte nos dias atuais, buscando destacar a função desta na criação do Direito e na concepção do poder exercido na sociedade.

Abordaremos o tumultuado e problemático tema da interpretação constitucional com os *standards* de revisão criados e adotados pela Suprema Corte, e a influência das diferentes teorias de interpretação da Constituição no resultado das decisões judiciais, bem como a ampla discricionariedade da Corte na escolha dos *writs* que julga.

No terceiro momento da pesquisa, dentro deste capítulo, nos dedicaremos ao tema dos mecanismos de desvio de efetividade da jurisdição, ou melhor, aos fatores que afetam a Jurisdição, segundo as hipóteses criadas por Rosenberg e Canon & Johnson, retratando a efetividade das decisões judiciais, com a referência a algumas decisões paradigmáticas da Suprema Corte e/ou as dificuldades enfrentadas para a concretização das mesmas.

Nessa etapa, serão enfrentadas as hipóteses ou fatores que auxiliam na otimização do sistema, permitindo que o Poder Judiciário seja compreendido como fator importante nas mudanças sociais qualitativas da sociedade.

2.1 O Modelo de Jurisdição da *Common Law Americana*

A abordagem do presente subcapítulo passa pela investigação obrigatória da estrutura do Judiciário americano em nível estadual e federal. Importa detalhar o seu funcionamento e suas divisões de competência para a melhor compreensão da própria vinculação das Cortes aos Precedentes.

Detalhada a estrutura do Judiciário, examinaremos como se forma o precedente; qual a estrutura de elaboração da decisão, inclusive com os componentes da sentença, buscando sempre traçar os paralelos que se mostrem apropriados à nossa formação sentencial.

Após o exame da formação do precedente, faremos a abordagem do surgimento da *Judicial Review* e do quanto a Suprema Corte Americana foi fundamental no desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade, com a sua atuação mais pró-ativa em determinadas Eras da Corte, influenciando no desenvolvimento da sociedade americana.

2.1.1 A Estrutura do Judiciário Americano

Para o sistema da *Common Law*, em que o precedente é fonte primária do Direito, a sua formação e elaboração é de vital importância para a sociedade, cabendo aos Tribunais diretamente, a responsabilidade na interpretação da legislação editada e, conseqüentemente, o resultado daquilo que é compreendido como o “Direito” da comunidade.

Mas tal consciência, ou mesmo admissão, da importância dos tribunais e dos juízes no contexto da criação do Direito nem sempre foi pacífica. Muitas escolas de pensamento jurídico se desenvolveram nessa esteira, e a história da formação do Direito da *Common Law* - recebida do Direito inglês, e adaptada ao contexto americano - acabou sofrendo profundas alterações no decorrer dos anos.

Historicamente, assim como não houve uma evolução uniforme de organização política nas colônias, também não houve uma organização no desenvolvimento do Direito praticado. Tanto é que a imigração para os Estados Unidos acabou formando as colônias (ou Estados independentes), com sistemas e organizações políticas separadas, com distintas raízes

históricas, algumas das quais com forte influência britânica, outras com maior influência francesa ou espanhola.

Diga-se a título exemplificativo, que o Estado da Louisiana até os dias de hoje se distingue do restante da Federação devido à sua forte influência francesa, utilizando-se, no referido Estado, um sistema jurídico misto mais comum à tradição continental européia, isto é, à *Civil Law*, do que à *Common Law*.

A influência inglesa, entretanto, foi sem dúvida mais acentuada no resto do país, tanto é que, já no século XVIII, a influência do chamado *case law* inglês passou a ser mais nítida, muito em função do aumento do comércio com a Inglaterra e o início de sinais de industrialização das colônias.

A expansão comercial e industrial da sociedade criou um sistema que procurava estabilidade e previsibilidade; e com o volume de casos crescendo, a sistematização se tornou obrigatória. A atividade legislativa era mais ativa na produção de reformas antes da Guerra Civil e passou a segundo plano com o crescente apoio que o Judiciário recebia por seus posicionamentos decisivos na interpretação de leis declaradas inconstitucionais frente à Constituição. A influência do Direito Inglês na América que, virtualmente, quase acabou com a Guerra Civil, hoje raramente é citada.

Ainda assim, apesar de os americanos, em grande parte, atualmente, ignorarem a doutrina ou o Direito Inglês, eles estão ligados, de forma umbilical, a várias concepções inglesas, como, primeiro, a supremacia do direito, sujeitando todos os atos à revisão judicial, nas palavras de Merryman; em outros termos, mesmo os atos do poder Executivo estão sujeitos à revisão judicial frente à Constituição. Em segundo lugar, o uso do precedente para o julgamento de ações posteriores; e, em terceiro, a noção de um sistema contencioso adversário.⁶

⁶ “First, the concept of supremacy of law, as exemplified in this country by the distinctive principle that even the state is subject to judicial review under constitutional standards; second, the tradition of precedent, according to which later decisions are based on earlier cases; and third, the notion of a trial as a contentious proceeding” (MERRYMAN, John Henry. **The civil law. Tradition: an introduction to the legal system of Western Europe and Latin America.** 2nd ed. Stanford: Stanford University Press, 1984. p. 12).

O primeiro passo para conhecer o Direito e, igualmente, o principal enfoque de estudo nas Escolas de Direito Americanas, é o estudo do precedente. É essencial que, durante o curso, o aluno aprenda e desenvolva todas as técnicas de pesquisa e de aplicação do precedente, bem como técnicas de argumentação no sentido mais favorável ao caso concreto, ainda que isto signifique a não-aplicação do próprio precedente estabelecido, usando da técnica do *distinguishing*⁷ em tal objetivo, para, assim, afastá-lo, se for o caso.

Estudar o precedente é mais uma arte do que uma técnica. Normalmente, os processos envolvem questões fáticas ou jurídicas comuns, gerando uma linha decisória sobre determinadas matérias legais, ou, ainda, essas mesmas questões podem gerar as mais variadas posições e decisões; nesse aspecto, a tarefa da Corte e dos advogados será a de encontrar a decisão correta ou a melhor interpretação possível ao caso concreto, criando com essa decisão *the rule of law*.

Nessa busca, é importante verificar o desenvolvimento e a elaboração de regras ou testes, bem como uma interpretação mais abrangente ou mais restrita dos juízes, conforme a singularidade dos casos concretos, fazendo uma leitura mais restrita do *holding* ou uma interpretação aberta, conforme os fatos e as questões envolvidas, residindo nisso a grande diferença entre os sistemas, sair do particular para o geral, e não o inverso, como se dá nos sistemas positivistas. A metodologia, é dizer, é completamente inversa. No sistema americano da *Common Law*, ela é indutiva; no da *Civil Law*, dedutiva.

Quando novas leis são criadas pelo Legislativo Estadual ou pelo Congresso Nacional, essas leis serão interpretadas pelos juízes, e após a interpretação é que será definido o que é o Direito. Daí que o americano sempre fará a distinção entre Lei e Direito, ou seja, *Statute e Law*.

Mas, para a compreensão do Sistema da *Common Law* americano e a verificação de como se dá a aplicação da doutrina do precedente, é importante esclarecer sobre o funcionamento do Judiciário, sua estrutura organizacional, os meios de publicação das decisões das Cortes, os procedimentos para a concessão do *Certiorari* pela Suprema Corte etc.

⁷ To point out an essential difference; to prove a case cited as applicable, inapplicable. BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6th ed. USA: West publishing, 1998. p. 328.

A competência das Cortes Federais ou Estaduais faz parte de um complexo maior de distribuição de poderes entre os Estados e o Governo Federal. Por conseguinte, cada Estado possui o seu “Direito”. Assim, por exemplo, no Direito de Família, cada Estado define as regras quanto à guarda dos filhos, à pensão, ao regime de bens a ser aplicado no casamento, à separação etc. No Direito Penal, a situação é a mesma; tanto que aquilo que pode ser considerado crime em um Estado, pode não sê-lo em outro. Apesar da grande semelhança que as leis editadas pelos Legislativos Estaduais guardem entre si, de Estado para Estado, a sua interpretação e o corpo de decisões judiciais ora diferem, ora não, nos cinquenta Estados americanos, gerando, via de consequência, esta distinção de “Direito”.

Tendo em vista o sistema federativo adotado naquele país, e a forma como se desenvolveu aquela sociedade, desde o seu início, tornou-se comum que cada Estado tivesse uma composição judiciária própria e mesmo um corpo próprio de leis, o que influenciou na diversidade do Direito aplicado em cada unidade da Federação. Essa diversidade acabou inclusive por criar um sistema chamado *forum shopping*⁸ que, detectado pelo Judiciário, fez com que este criasse mecanismos restringindo essa possibilidade aos litigantes que buscavam levar os litígios às Cortes com posição mais favorável à demanda em questão.

A maioria dos litígios que ingressam no Judiciário são propostos nas Cortes Estaduais, ante a limitada competência das Cortes Federais. Assim, cada Estado tem o seu sistema estruturado com base nas Constituições estaduais e leis estaduais. Os Estados possuem Cortes de competência genérica e de competência específica, que são conhecidas pelo nome de *Superior Court*, *District Court*, *Circuit Court* ou *Court of Common Plea*. Estas, por sua vez, podem se subdividir em Cortes Criminais, Cortes Juvenis, Cortes de Família etc.

Existem, ainda, os Juizados de Pequenas Causas, conhecidos pelo nome de *Small Claim Courts*, modelo copiado pelo legislador brasileiro, quando da criação dos Juizados Especiais, e adaptado à sua realidade.

⁸ “Forum shopping” pode ser compreendido como a tentativa que faz uma das partes num litígio em propor uma demanda num Estado que tenha precedente firmado no sentido buscado pela mesma ou, a tentativa de buscar deslocar a competência para outro Estado, ou para a Jurisdição Federal, que lhe seja mais favorável. O Judiciário, percebendo tal manobra, buscou restringir essa possibilidade, diminuindo as hipóteses de deslocamento de competência entre as diferentes Cortes.

Dentro, ainda, da estrutura estadual, existem as Cortes de Apelação, conhecidas por *Appellate Court* ou *Court of Appeals*. Alguns Estados possuem, também, uma hierarquia superior de Corte, conhecida como *Supreme Court of the State*. Esta Corte Suprema é a última instância de apelação dentro do próprio Estado, a atuar após a decisão da *Appellate Court*, existindo, portanto, três instâncias dentro do mesmo Estado.⁹

No Judiciário Estadual, a forma de ascender ao cargo de juiz é mais complicada. Nos Estados, os profissionais interessados em se tornarem juízes precisam ser eleitos pela comunidade, onde, então, cumprirão a função por um período determinado, sendo necessário, posteriormente, concorrerem à reeleição, se desejarem permanecer no cargo, velho resquício da cultura da população ainda da época das colônias britânicas. Com este sistema eleitoral, os juízes estaduais sofrem grande pressão da comunidade, quando aplicam determinados precedentes; muitos, inclusive, perdem por isso o cargo nas eleições seguintes.

Fora da composição estadual, a última instância de apelação é a Suprema Corte Americana, existindo, entretanto, previsão de algumas exceções legais em que uma Corte Federal poderá reexaminar a matéria já preclusa nas instâncias estaduais, a exemplo do “habeas civil”, por deficiência na condução da defesa dos interesses da parte em matéria penal.

Para a competência federal, de acordo com a Constituição Americana, o governo federal somente possui os poderes que lhe foram expressamente delegados pela Constituição. Dessa forma, tudo o demais é competência dos governos estaduais, apesar da competência concorrente das Cortes Federais e Estaduais em determinadas matérias. Podemos afirmar que tudo o que não estiver expressamente delegado, pela Constituição, como competência exclusiva federal, será também de competência dos Estados.¹⁰

Com os poderes que a Constituição delegou ao Congresso americano, este estabeleceu a competência das Cortes Federais, pela primeira vez, por meio do *Judiciary Act*, de 1789. A Justiça

⁹ As Cortes recursais são compostas normalmente por sete juízes, podendo, esse número, no entanto, variar de cinco a nove, conforme determinar a organização judiciária de cada Estado. Não existe a divisão por Turmas ou Câmaras como no Brasil. Quando a Corte se reúne, ela ouve os argumentos das partes, estando, então, composta pela totalidade de seus membros, ou pelo menos, em sua composição mínima, que é de três, proferindo, normalmente cada Juiz seu voto, concorrente com o voto do relator, ou contrário.

¹⁰ A forte influência da própria concepção de Federalismo, muito forte na sociedade americana, impede que o Judiciário Federal e o Congresso interfiram nas matérias de competência estadual.

Federal possui o *Federal Rules of Civil procedure*, editada pela Corte Suprema em 1938, com alterações posteriores, sendo o principal, o *Judiciary Act*, de 1990, que ampliou significativamente o poder dos juízes na condução dos processos, objetivando a celeridade e a economia processual.

A estrutura federal é distinta da estadual, não somente em sua composição, mas, principalmente, em sua competência que é bastante limitada. A composição das Cortes Federais é determinada pelo Congresso. O sistema possui três níveis: as chamadas *District Court*, *as Court of Appeals* e a Suprema Corte Americana. Existem, ainda, algumas Cortes de Jurisdição bem específica, como as *Court of International Trade e Tax Court*.

Apesar de não existirem, propriamente, Cortes Administrativas, há agências federais administrativas ou órgãos governamentais com poderes adjudicatórios nesta área. São chamadas de *Administrative Courts*.

A competência da *District Court* é genérica, possuindo, também, poderes de rever decisões das acima chamadas Cortes Administrativas. Existem, aproximadamente, noventa *District Courts* espalhadas pelos cinquenta Estados americanos e o Distrito de Columbia. Alguns Estados possuem somente uma *District Court*, enquanto outros possuem até quatro, pois isso varia conforme a população e a respectiva demanda.¹¹

Existe, também, uma subdivisão interna entre os juízes, que são auxiliados pelos magistrados, e que possuem, a seu turno, competência ainda mais restrita que os juízes; ainda, há juízes de exclusiva competência falimentar que atuam nas *Bankruptcy Courts*.¹²

A divisão do país em circuitos federais corresponde ao que praticamos, no Brasil, em âmbito federal, por regiões. Nos Estados Unidos, existem treze circuitos; onze circuitos dividem os Estados entre si; o 12º circuito é exclusivo do Distrito de Columbia, estando, a Corte, localizada em Washington D.C; e o 13º circuito revisa decisões de Cortes Federais de primeira instância, com competência específica, como o exemplo da *Tax Court ou Trade Court*. Essas Cortes de Apelação são normalmente a última instância de recurso em nível

¹¹ As *District Court* são compostas em média por vinte a trinta juízes, conforme o volume de processos, e estes são divididos de forma equânime entre os juízes que presidem processos tanto de matéria civil, como criminal, e que envolvem a composição de júris, ou não.

¹² Varas de Falência e Concordata.

federal, circunstância esta devida à limitadíssima possibilidade de recebimento de recurso pela Suprema Corte¹³. Não existe a divisão interna em Câmaras ou Turmas, como ocorre na organização judiciária brasileira.

Os juízes das Cortes Federais são nomeados de forma vitalícia. São formadas listas de nomes com profissionais que contam com vários anos de experiência jurídica, inclusive na advocacia, e que gozam de excelente reputação na comunidade em que vivem; depois, seus nomes terão de passar pela aprovação de órgãos da comunidade para, então, serem encaminhados ao Presidente da República que fará a nomeação do juiz.

A reputação dos juízes deve ser extremamente ilibada e, normalmente, suas orientações políticas influenciam em suas nomeações. Cannon ressalta que, na história do Judiciário americano, raríssimos juízes perderam sua nomeação: “*A exclusão de um juiz federal do quadro da magistratura envolve o procedimento de impeachment pelo Senado Americano e, na história dos EUA, em mais de 200 anos, somente sete juízes foram excluídos do quadro*”.¹⁴

Dentro da competência da Suprema Corte Americana, temos a competência originária para os processos que envolvem os Estados-parte ou disputas entre um Estado e a União, bem como a sua competência recursal. A admissibilidade de recursos para a Suprema Corte é muito limitada. Apesar de haver milhares de pedidos de concessão de *certiorari* por ano, ela rejeita a maior parte deles. Aliás, anualmente, ela os concede em percentual inferior a 5% ao número postulado e os examina, no mérito, mas emite votos completos, em média, em apenas cerca de cem processos por ano.¹⁵

Há que se concluir que a Corte tem absoluto controle sobre a escolha dos recursos que irá examinar¹⁶. A possibilidade de revisão das decisões das Cortes de Apelação está no âmbito exclusivo de competência da Suprema Corte Americana que, desde 1869, é composta de nove membros, um *Chief Justice* e oito *Associate Justices*, que sempre decidem todos os

¹³ O número de juízes que compõem as Cortes de Apelação Federal varia de Corte para Corte, no mínimo três e no máximo nove, variando de Circuito para Circuito.

¹⁴ CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 33.

¹⁵ FARNSWORTH, Allan E. **An introduction to the legal system of the United States**. 3rd ed. New York: Oceana Publications, 1996. p. 43.

¹⁶ O procedimento de escolha dos writs será abordado mais adiante, em item específico sobre o tema.

recursos em composição plenária, não em Turmas ou Câmaras como no Brasil, conforme antes já destacamos.

A Suprema Corte, no início de sua história, serviu como Corte de Apelação das decisões de primeiro grau do Sistema Federal de Cortes. Somente mais tarde, quando criadas as *Circuit Courts*, ou Cortes de Apelação Federais, é que a sua competência se alterou significativamente.

Possui, a Corte, competência originária e recursal, segundo definido no artigo III da Constituição Federal: *The Courts original jurisdiction extends to all cases 'affecting Ambassadors, other public Ministers, and Consuls,' and cases "in which a State shall be a party. The Courts appellate jurisdiction extends the federal judicial power to all other cases.* Esse último, sem dúvida, é sua competência mais importante, porquanto é com base nesse poder que a Corte exerce sua influencia não somente no sistema federal, mas, também, no sistema estadual. E a competência recursal é ditada pelo Congresso *with such exceptions and under such regulations as Congress shall make.*¹⁷

Inicialmente, a legislação que deu formato e estrutura ao sistema judiciário e à Suprema Corte foi o *Judiciary Act*, de 1789. Essa legislação concedeu-lhe competência recursal com o chamado *writ of error*, que determinava o reexame, pela Corte, de recursos com base em erros legais ou *error of law*, e a revisão de decisões judiciais estaduais estava limitada a casos em que figurasse como parte um ente federal, desde que a decisão fosse contrária a esse mesmo ente.

Esse regulamento serviu de orientação à atuação da Corte por quase cem anos, vindo a ser modificado em 1875, quando foram ampliados os poderes da Corte Suprema e do próprio Sistema Federal de Cortes, criando-se a chamada *federal question jurisdiction*, autorizando-a a revisar todos os *cases arising under the Constitution, laws or treaties of the United States.*¹⁸

¹⁷ KRIMBEL, Rosemary. Rehearing sua sponte in the U.S. Supreme Court: a procedure for judicial policymaking. **65 Chicago-Kent Law Review** 919, USA, p. 2, 1989.

¹⁸ *Idib.*, p. 2

Com o crescimento do país e o número de litígios nos tribunais, a Suprema Corte acabou com um número excessivo de processos para sua revisão. Essa demanda motivou que o Congresso Americano limitasse os poderes de revisão recursal da Corte, em 1891, e o levou a adicionar o que foi chamado de *discretionary element* na Suprema Corte. O *Circuit Court of Appeals Act*, de 1891, criou o *writ of certiorari* e criou, também, as *Circuit Courts of Appeals*, ou seja, as Cortes de Apelação Federais, ao modelo dos nossos Tribunais Regionais Federais.

Todavia, a expansão dos litígios, então já no século XX, obrigou o Congresso a introduzir nova legislação, em 1925, que deu efetivo controle à Corte de gerenciar seus processos, conferindo-lhe independência institucional e controle de seu *docket* (volume de processos e julgamentos). Essa legislação reduziu ainda mais a possibilidade de se chegar à Corte pela via recursal e estendeu a discricionariedade de escolha dos *cases* não somente já existente à escolha dos *writs*, mas, também, para as apelações ou os chamados *appeal as a matter of right*. Em 1988, o Congresso novamente alterou a legislação, introduzindo o *Supreme Court Case Selections Act* que eliminou quase que todas as possibilidades de apelação *as a matter of right*.

Como ressalta Krimbel, hoje, a única forma de se chegar à Suprema Corte é se ela aceitar ou escolher examinar o recurso. Por isso, o processo de seleção, na atualidade, é tão estudado, revisado e criticado pela comunidade jurídica em geral, realidade que, ante a nossa Emenda Constitucional 45 (a chamada Reforma do Judiciário), provavelmente se assemelhará no nosso sistema:

The case-selection process is immensely important on a practical level because the first issue which the Court now addresses is whether it should decide a case on the merits and involve itself in a confrontation with Congress or the Executive Branch. Moreover, case selection permits the Court to determine its level of involvement in state and local governmental issues by deciding whether to hear appeals from the various state courts. This case-selection discretion enhances the Courts' inherent power as a judiciary.¹⁹

¹⁹ KRIMBEL, Rosemary. Rehearing sua sponte in the U.S. Supreme Court: a procedure for judicial policymaking. **65 Chicago-Kent Law Review** 919, USA, p. 3, 1989. -O processo de seleção dos *cases* é extremamente importante em termos práticos, pois, a primeira questão que a Corte tem que decidir, hoje, é se ela quer se envolver na solução do mérito do caso e, neste caso, se envolver num confronto com o Congresso ou com o Executivo. Além disso, o processo de seleção dos casos permite que a Corte determine o nível de envolvimento que ela quer ter em questões estaduais ou de governos locais pela escolha em examinar os recursos que chegam das Cortes Estaduais. Esse processo eleva, fortalece o poder da Corte e o Judiciário como um todo. (tradução nossa).

O acesso restrito à Suprema Corte não deixa, também, de ser um resultado da própria independência judiciária dos Estados e, ainda, da forte noção do federalismo praticado no país. Os Estados, ou, num sentido mais restrito, o Poder Judiciário Estadual e sua comunidade jurídica, em muitas ocasiões, relutam na aplicação do precedente estabelecido pela Suprema Corte e buscam manter para a sua comunidade o Direito segundo os valores dessa mesma comunidade, criando, inclusive, verdadeiros campos de batalha como o ocorrido nos *cases* de segregação racial impostos pela Suprema Corte e levados à efetivação de forma muito contrariada pelas Cortes Estaduais.

Exposta, sinteticamente, a estrutura judiciária americana, com suas divisões de competência e organização, devemos nos ocupar do importante aspecto da aplicação do precedente, pelos juízes, a criação do novo precedente e o espaço do mesmo no sistema.

2.1.2. A Delicada Questão da Formação do Precedente

A decisão judicial, de acordo com os conceitos do sistema da *Common Law*, possui duas funções: a primeira é definir e julgar as controvérsias levadas à Corte, para que, de acordo com a doutrina da *res judicata*, as partes não possam litigar duas vezes sobre a mesma matéria; a segunda é estabelecer um precedente, ou a chamada doutrina *do stare decisis et non quieta movere*, ou seja, manter a decisão e não alterar pontos já definidos.

A justificativa comumente usada para a imposição da doutrina da *res judicata* e da doutrina do *stare decisis* pode ser resumida em cinco palavras: igualdade, previsibilidade, estabilidade, economia e respeito.

O primeiro argumento se justifica, porquanto a aplicação da mesma regra de forma sucessiva, a casos similares, resulta em igualdade de tratamento para todos pelo Judiciário. O segundo argumento é o de que a consistente aplicação do precedente contribui para a previsibilidade e para a estabilidade do sistema, impedindo, muitas vezes, futuras disputas sobre a mesma questão. O terceiro argumento é que o uso de critérios pré-estabelecidos para resolver casos futuros poupa tempo, energia e dinheiro das partes. E o último argumento é que o uso do precedente, reiteradamente, demonstra respeito à sabedoria, ao trabalho e à experiência dos juízes e respeito ao próprio Judiciário.

A doutrina americana do *stare decisis* manteve características da doutrina inglesa, mas adicionou duas condições nestas existentes e que introduzem um elemento de flexibilidade à mesma, ou seja, a Suprema Corte não está rigidamente vinculada à absoluta obrigatoriedade de aplicação de seus próprios precedentes, porquanto, se a decisão é considerada errada, equivocada terá sido a utilização e a aplicação daquele princípio constitucional, e não a interpretação da Constituição feita para extrair o próprio princípio. Por tal razão, admite-se a possibilidade de a própria Corte revisar o seu próprio precedente e mudar a sua posição.²⁰

O outro elemento diferenciador é a adaptabilidade do sistema legal aos novos tempos, sendo este extremamente sensível às mudanças sociais, econômicas ou políticas, razão pela qual é aceito, como uma realidade da vida, ser função dos juizes criar o Direito e encontrar a resposta mais adequada à situação concreta em questão.

Os precedentes podem ter tanto origem do denominado *Common law*, formado pelo costume da sociedade, ou pela criação legislativa que sofrerão interpretação judicial. Assim, compreende-se o Direito americano, em sua maior parte, de acordo com a sua origem decisional (*judge made law*) ou legislativa, sendo, no entanto, o Direito formado pela interpretação judicial, a fonte primária e tradicional do Direito, da mesma forma que ocorre em outros países da *Common Law*.

O precedente, também conhecido por *case law*, é normalmente dividido em duas categorias: aquele precedente que é vinculativo e o que é meramente persuasivo²¹. As decisões

²⁰ “The Court has often overruled its earlier constitutional decisions, and particularly so when the decision believed erroneous is the application of a constitutional principle rather than an interpretation of the Constitution to extract the principle itself”. (MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman. **Courts, judges, and politics**: an introduction to the judicial process. New York: Random House, 1961. p. 379).

²¹ As decisões das Cortes iniciais ou de apelação, via de regra, são publicadas em livros chamados “reporters”, que poderão ser regionais, estaduais ou federais, ou, ainda, por Circuitos. Essas publicações poderão ser encontradas nas bibliotecas das Cortes, nas bibliotecas das universidades, escritórios de advocacia etc. A decisão que for publicada conterá normalmente o resumo dos fatos e a história procedimental do processo, as razões que conduziram à decisão da Corte, a citação dos outros casos que influenciaram os votos, a legislação pertinente, se houver, e outras fontes autorizadas. As decisões podem, também, ser encontradas através de um sistema computadorizado acessível pela Internet, desenvolvido por duas companhias americanas, autorizadas pelo Judiciário, quais sejam; a Westlaw e a Lexis/Nexis. Estas empresas congregam o mais avançado e completo banco de dados existentes nos EUA, tanto para a pesquisa dos precedentes, como para a pesquisa legislativa e executiva. Os programas são desenvolvidos para facilitar o trabalho do profissional do direito, dando informações tais como, se o precedente têm recebido tratamento positivo pelas Cortes inferiores, o que significa dizer, se o mesmo vêm sendo aplicado pelos juizes, se já há posicionamento divergente vindo da própria Corte Suprema, portanto indicando que a Suprema Corte “overruled” o precedente, não sendo mais considerado “good law”. O sistema Lexis e Westlaw, com a ferramenta do “shepard”, também informa quais Cortes têm seguido o precedente, quais têm, sistematicamente, buscado fugir à aplicação do mesmo; permite que, por meio de palavras-chave, se localize todos os precedentes que abordam a matéria, a localização de legislação, de artigos publicados por doutrinadores, artigos jurídicos, a localização dos precedentes pelo nome das partes ou só pela citação- “citation” que é o código ou numeração que os precedentes publicados recebem; enfim, dados extremamente ricos para os aplicadores do Direito, permitindo investigações e compilações estatísticas de várias índoles.

persuasivas são as estabelecidas por Cortes de Apelação de outras jurisdições, ou outros circuitos, no caso federal e, Cortes de última instância, em nível estadual, de outros Estados, em relação àquele em que a decisão deverá ser proferida. A persuasão do precedente dependerá, em muito, das razões expressas na opinião da Corte, se a mesma foi unânime, da aparente correção e da justiça que a mesma porventura concretize.

Outro fator para utilização do precedente persuasivo é a existência de várias decisões sobre a controvérsia em muitos Estados ou circuitos, todas seguindo a mesma linha de argumentação decisória, formando uma uniformização na regra de Direito.

A reputação da Corte que profere a decisão, ou a reputação pessoal do Juiz que a profere, também pesam como fatores para utilização ou não de um precedente. Como exemplo, citamos as posições do *Justice* Cardozo que, mesmo quando ainda não era membro da Suprema Corte, já eram consideradas como altamente persuasivas e gozavam de grande autoridade entre os colegas, o que se manteve quando o mesmo passou a integrar a Suprema Corte.

A vinculação do magistrado fica restrita às decisões da sua própria Corte, que seguirá a Corte Superior do seu Estado, isso em matéria de competência estadual. As decisões serão vinculativas conforme forem proferidas pela Corte de Apelação ou Suprema Corte do mesmo circuito e da sua própria Corte no sistema federal. As Cortes inferiores ficam, desta forma, vinculadas aos precedentes de sua Corte e de sua Corte Superior; no entanto, é extremamente importante diferenciar, dentro dos votos majoritários proferidos, o que é efetivamente vinculativo, o chamado *holding*, e o que é, no voto, o chamado *dictum*, que não vincula.

As opiniões das Cortes possuem algumas características comuns, que serão normalmente, ou quase sempre, encontradas em qualquer opinião escrita ou "precedente".

Tais componentes são:²² matéria fática, incluindo fatos passados, *substantive or evidentiary facts*, e fatos processuais, "*procedural facts*", a questão posta a exame para a Corte resolver, chamada *issue*; o *holding*, decisão; *rationale*, que dá suporte à *ratio decidendi*, o *judgment*, sendo que algumas decisões incluem o *dictum*.

²² WELLFORD, Robin S. **Legal analysis and writing**. USA: Lexis -Nexis - Eletronic Authors Press, 1997. p. 17-8.

De fundamental importância é localizar o fato e a matéria de Direito controvertida, que é o *issue*". É a questão legal posta a exame, tanto é que a adequada formulação do *issue*" pode inclusive influenciar na escolha de eventual *writ of certiorari* que a parte deseje interpor para a Suprema Corte. Existem dois tipos de questões: as centradas no direito e as centradas nos fatos. A Corte poderá ter que, eventualmente, resolver as duas situações numa mesma disputa judicial.

O *holding* é a resposta da Corte às questões de fato e de direito postas em causa. Quando a Corte decide uma questão de fato, ela define o que é determinante para a decisão sob o ponto de vista da situação fática, o que igualmente ocorre em relação ao Direito controvertido. O *holding* pode ser construído de forma bem específica, restrita, ou de forma ampla, aberta, com conceitos vagos, porquanto a construção da decisão não segue uma estrutura rígida. Conforme o interesse ou a necessidade de aplicação de um precedente "X" ou "Y", deverão ser especificados o máximo possível os fatos, trazendo-se os mínimos detalhes do *case* ou mantê-los bem gerais.

As razões de decidir constantes no *holding* são chamadas de *rationale*. Essas razões poderão incluir opiniões de decisões passadas, o próprio precedente que vincula o juiz da causa, se houver Direito aplicável, considerações de política judiciária ou governamental, se o juiz optou pela interpretação literal da lei ou as intenções do legislador, considerações tais como os efeitos para o futuro da decisão em caso; dirá, também, por que os fatos justificam a decisão, por que optou por seguir ou não o precedente, e ainda considerações de senso comum.

Em alguns casos, as razões não são claramente expostas pela Corte, e o trabalho dos advogados, então, é encontrar os fundamentos, revelar o que não está escrito, mas está implícito na decisão. Está é a grande oportunidade para fazer a diferença e utilizar a técnica do *distinguishing*, de sorte a apontar uma diferença essencial do caso concreto em relação ao precedente para a não-aplicação do mesmo.

Como comenta *Justice Scalia*, quando aborda o *distinguishing*:

Hence the technique-or art, or game-of "distinguishing" earlier cases. It is an art or a game, rather than a science, because what constitutes the holding of an earlier case is

not well defined and can be adjusted to suit the occasion. At its broadest, the holding of a case can be said to be the analytical principle that produced the judgment-[...] in the narrowest sense, however, (and courts will squint narrowly when they wish to avoid an earlier decision), the holding of a case cannot go beyond the facts that were before the Court.²³

Se, por um lado, pode ser afirmado que o *distinguishing* é o instrumento que possibilita a realização da justiça ao caso concreto, permitindo ao juiz a criação do Direito, tendo em vista a situação fática distinta do precedente, por outro, como ressaltado por Cannon e Johnson, o *distinguishing* é um poderoso instrumento para a não-aplicação do direito criado pela Corte Superior, ao buscar ressaltar as diferenças do caso em julgamento em relação ao caso que serviria de precedente; a Corte utiliza o instrumento e evita a sua vinculação, questão à qual daremos maior detalhamento por ocasião do exame dos mecanismos de desvio desse sistema.

One method of limiting a precedent is to stress factual differences between the earlier case and the situation the judge is called upon to resolve. In legal terminology this is called distinguishing the precedent. [...] one classic example occurred when federal district Judge John Bell Timmerman of South Carolina limited the relevance of *Brown v. Board of education* to a suit seeking the desegregation of Charleston's city buses. Noting that the opinion in *Brown* had stressed the importance of equal educational opportunities to the development of the skills and personality of African Americans, he disdainfully remarked, 'One's personality is not developed on a bus'. *Brown* in fact had involved only school desegregation, so Judge Timmerman was not technically defying the Supreme Court.²⁴

A Corte, ao utilizar um precedente vinculativo, examinará se não existem fatos ou circunstâncias diferentes relevantes no caso, que justifique a não-utilização do precedente, e,

²³ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**: Federal Courts and the law. USA: Princeton University Press., 1997. p. 8. Portanto, a técnica-arte ou jogo do *distinguishing* dos *cases* precedentes. É uma arte ou um jogo antes de ser uma ciência, pois o que constitui a decisão de um precedente não é bem definido e pode ser ajustado para servir à questão em julgamento. No seu sentido mais amplo, pode ser dito que o *holding* de um *case* pode ser o princípio analítico que produziu a decisão – [...] no seu sentido mais restrito, entretanto (e as Cortes usam desta prática quando querem evitar a vinculação a precedentes anteriores), pode ser dito que *oholding* não pode se afastar dos fatos trazidos ao conhecimento da Corte. (tradução nossa).

²⁴ CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 42. Uma forma de limitar a aplicação do precedente é ressaltar as diferenças fáticas entre o precedente e o caso em julgamento. Segundo os conceitos jurídicos, isto é conhecido como distinguir do caso precedente.[...] um exemplo clássico de distinção ocorreu quando o juiz federal John Bell Timmerman da Carolina do Sul limitou a importância de *Brown v. Board of Education* ao aplicar o precedente ao julgamento do *case* que buscava a dessegregação no transporte de ônibus da cidade de Charleston. Ressaltou que a decisão em *Brown* exagrou a importância do direito às oportunidades de igualdade na educação ao desenvolvimento das aptidões de personalidade dos afro-americanos, desdenhando a opinião. "A personalidade de uma pessoa não se desenvolve num ônibus" Como *Brown* envolveu somente a dessegregação nas escolas, o juiz Timmerman de fato não estava afrontando a decisão da Suprema Corte. (tradução nossa).

sim, a utilização de outro; ou, ainda, a criação de um novo Direito para o caso enfrentado. A Corte faz isso de acordo com uma leitura mais ampla ou mais restrita do *holding* do caso anterior, para uma aplicação mais justa ao caso concreto.

Portanto, a elaboração do *holding* será vital no sentido de permitir ou não maior flexibilidade ao intérprete do precedente, tanto ao intérprete adepto ao textualismo, isto é, à *originalist theory*, como ao intérprete adepto à teoria da *living constitution theory/evolutionary approach*.

Para fornecer ao leitor uma visão panorâmica, e buscando o enriquecimento de nossa análise, em apêndice constará uma pesquisa por nós realizada, com a supervisão da Professora Lee Epstein, no curso da disciplina de *Law e Social Change*, do Programa *Masters in Law*, da Washington University in St.Louis, em que examinamos a aplicação, pelas Cortes de 1º.e 2º.graus, de um precedente específico, da Suprema Corte Americana, ao qual estariam aquelas vinculadas. O quadro comparativo realizado demonstra o quanto é flexível o sistema com a utilização do *distinguishing*, porquanto verificado que inúmeras Cortes não seguiram o precedente, apesar da similitude fática.

No *Dictum*, a Corte poderá discutir a aplicação de alguns princípios utilizados na *rationale*, e outros empregados em determinados *cases* que foram comparados. Podem estar incluídos princípios que não foram considerados na *rationale*, mas que influenciaram na solução do caso. Por exemplo, dizer que teria usado tal princípio, se o fato tivesse sido “X”. Isso permite que, mais tarde, ao surgirem outros *cases*, os advogados possam construir novas defesas usando parte do que foi expresso no *dictum*, inclusive, já determinando o posicionamento da Corte em certa matéria.

Justice Marshall bem definiu o que é vinculativo numa decisão, de sorte a diferenciar do asseverado no *dictum*, afirmando que expressões de cunho geral, em uma opinião, devem ser consideradas em conexão com a causa em que estão sendo utilizadas. Se essas expressões forem além da causa em exame, elas podem ser respeitadas, mas não controlarão a decisão, nem o julgamento de outras causas posteriores. A questão efetivamente investigada perante a Corte é considerada em toda a sua extensão e com a devida diligência. Assim, outros princípios que possam ilustrar a questão, são considerados, mas farão parte do que é entendido por *dictum*, e a sua utilização em outros processos será informativa. Em outra

formulação, no *holding*, o que será vinculante é tudo aquilo que foi materialmente necessário para o juiz proferir a sua opinião. Tudo o mais que tiver sido dito e que não foi necessário para a sua conclusão será considerado *dictum*.²⁵

E, finalmente, o *judgment*, é a parte da opinião que determina o que deverá ser feito a partir do momento em que a decisão tiver sido tomada, ou seja, o comando decisório. A Corte pode determinar novo julgamento, afirmar um anterior, anular ou determinar o pagamento de quantias, declarar direitos, mandar executar etc.

Infere-se que, dentro de certos limites, todas as decisões são sujeitas a uma interpretação mais ampla ou mais restritiva. O que definirá tal interpretação também dependerá muito da época em que a sociedade vive, de seus anseios, das políticas públicas em andamento, do *lobby* de determinados grupos ou até mesmo da compreensão que o precedente poderia ser correto e apropriado para a época em que foi proferido, mas não mais o é nos dias atuais ou vice-versa, reconhecendo-se a temporalidade como fator determinante na produção do Direito no sistema da *Common Law*.

Várias são, portanto, as formas de se fugir à vinculação de um precedente desfavorável, razão pelo qual o trabalho dos advogados na pesquisa e no levantamento de todos os fatos concretos, bem como a discussão e a compreensão desses fatos pelo júri, são de extrema importância na determinação de sua aplicação.

A Corte pode, também, dar deferência ao Legislativo Estadual ou ao Congresso e, nesse compasso, entender que, em determinadas matérias, a sua interpretação deve ser mais restrita, dando maior ênfase ao entendimento aplicado pelas agências governamentais, o que ocorre muito frequentemente em matérias de Direito de Imigração ou de Direito Administrativo.

A doutrina do *stare decisis* e a tradição recomendam às Cortes que ajam com muito cautela ao alterar seu posicionamento e que, na medida do possível, encontrem uma distinção do caso atual em relação ao caso anterior, de sorte a não provocar a simples rejeição do que

²⁵ Justice Marshall proferiu esta frase em *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 399 (1821) distinguindo o caso do precedente *Marbury v. Madison* (5.U.S.) 137, 2 L.Ed.60 (1803).

até então era considerado vinculativo, exatamente em respeito ao *stare decisis* e ao Direito criado pelo precedente, atentando, em última análise, aos objetivos da igualdade, previsibilidade, estabilidade, economia e respeito aos juízes e ao Judiciário.

Essa questão é bastante crítica e central no debate do constitucionalismo americano, porquanto, as Cortes inferiores são obrigadas a seguir o posicionamento da Suprema Corte sobre a matéria em julgamento, configurando-se uma situação delicada quando em análise o próprio poder da *Judicial Review*.

Veja-se que a Corte que tiver que decidir determinado litígio, confrontada que for com a obrigação de aplicar um precedente vinculante, tem o poder e a responsabilidade de determinar o que o precedente quer significar (situação fática e *rule of law* a que está vinculada), para, posteriormente, definir se ele controla, ou seja, se ele é vinculativo ou não ao caso em julgamento. A questão é delicada porque não é vinculativa a posição ou o entendimento subjetivo dos julgadores do precedente ou de como eles teriam decidido a *issue* atualmente.

A doutrina do precedente possui adeptos e também opositores. Com efeito os operadores do direito dividem-se à respeito. Alguns doutrinadores tratam o precedente com declarado desdém, pois consideram tal doutrina altamente manipulativa e de duvidosa legitimidade. Outros, discordam acentuando ser legítima a vinculação e, igualmente, ser a forma de melhor garantir certeza e segurança jurídica ao sistema.

Respeitadas as posições divergentes, o que se verifica, na prática, é que, tanto juízes liberais, quanto conservadores, farão as interpretações do precedente, tratando ele como *good or bad law*, conforme o interesse em causa, enfatizando suas posições, de sorte a ressaltar a política judiciária que pretendem ver implementada.

O que fica demonstrado com a aplicação do precedente, em especial, em matéria constitucional, é que, muitas vezes, não é a Constituição que vincula ou determina o conteúdo da decisão, e, sim, o entendimento da Suprema Corte na interpretação da Constituição. Ou seja, o Direito é o que a Suprema Corte diz que ele é, o que não deixa de ser altamente perturbador sob o nosso ponto de vista.

Sem dúvida, todo o desenvolvimento da concepção do precedente e sua vinculação é resultado do trabalho interpretativo dos operadores do direito, e esse trabalho resulta no enriquecimento da teoria de interpretação constitucional, na construção de normas e princípios que devem servir de guia para futuras decisões. Mas, essa doutrina criada pela Suprema Corte não poderia ser reputada, muitas vezes, uma mutação constitucional? Afinal, é a Constituição que possui a autoridade vinculante ou a interpretação que a Suprema Corte dá ao texto Constitucional?

David Strauss afirma que o Direito Constitucional é *nothing more or less than the accumulation of rules over time handed down by the Supreme Court in a process that very much resembles the judicial process of the Common Law*. Ele sugere, acompanhando a posição de Powells, que *the text of the constitution is insignificant compared to the content of the Supreme Court opinions in the pages of U.S. reports*. Segundo sua análise, é assim que os principais atores jurídicos agem, não perquirindo quanto ao *original meaning of the text*.²⁶

Sérias implicações decorrem dessa posição. Afirmar que o Direito Constitucional nada mais é do que a acumulação das regras criadas pela Suprema Corte no decorrer dos anos é o mesmo que dizer que a Suprema Corte está sempre na posição de Constituinte originário, final, infalível e absoluto. Por tal razão, impera, no sistema americano, o entendimento de que é fundamental ressaltar, continuamente, que é a Constituição que prevalece, ou seja, que ela é *the supreme law of the land*, e não os precedentes estabelecidos pelas Cortes. Ou seja, *the supreme law of the land* é a Constituição e não o Direito formado a partir de sua interpretação, ainda que a função judicial seja a sua interpretação adequada ao caso concreto, buscando-se dessa forma, diminuir a questão contramajoritária e o risco democrático pela atuação da Corte, tema que desenvolveremos amiúde ao abordar a *Judicial Review*, os vários *standards* de julgamento e as teorias de interpretação constitucional.

Entendemos que o debate que acontece no sistema americano quanto à vinculação à doutrina criada pela Suprema Corte serve de saudável parâmetro de análise no contexto atual da nossa interpretação constitucional. Em que pese o controle misto de constitucionalidade, no nosso sistema, ser centenário, as mudanças que vêm sendo implementadas, em especial, nos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, com verdadeira mutação constitucional

²⁶ BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional analysis**. 2nd ed. Minnessota: Thomson/West, 2003. p. 324.

implementada pelo Supremo Tribunal Federal, merecem cuidadoso e criterioso debate pelos operadores do direito, para que não nos esqueçamos que a vinculação é, antes de tudo, à Constituição, e que afirmações como as que acima transcrevemos não se tornem realidade também em nosso sistema.²⁷

2.1.3 A *Judicial Review* e as várias Eras da Suprema Corte

O sistema americano, como vimos descrevendo, é bastante flexível quanto à aplicação do precedente e quanto à interpretação que o Judiciário dá à legislação editada. Entretanto, nem sempre foi assim. Como afirmado anteriormente, um dos fatores que diretamente favoreceu o poder de interpretação pelo Judiciário foi o radicalmente oposto poder do Parlamento inglês.

Ou seja, a característica que diretamente favoreceu o nascimento e o desenvolvimento do procedimento norte-americano da *Judicial Review* e, portanto, daquilo que foi chamado a “supremacia da Constituição”, ou também, o “governo dos juízes”, foi o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros Poderes e, por conseguinte, também em relação ao Poder Judiciário.²⁸

E, para que se possa compreender a influência da Suprema Corte na sociedade americana, bem como a forma como se desenvolveu a Jurisdição Constitucional, é fundamental abordar o surgimento da *Judicial Review*, ou o Poder do Judiciário de revisar os atos dos Poderes Legislativo e Executivo, quando contrários à Constituição.

²⁷ Acompanhamos a posição de Streck, quando sustenta que a mutação constitucional não pode resultar na substituição de um texto constitucional por outro texto. “Pacífico é o entendimento do papel das Cortes Constitucionais e de sua vinculação à Constituição a que devem guardar respeito, nas distintas formas de controle da constitucionalidade. Esta vinculação, longe de decorrer de uma simples retórica da dogmática, resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a Corte controladora da constitucionalidade”. Cabe, ainda, citar Dworkin, para quem a exigência de integridade no Direito pressupõe integridade da própria Constituição. STRECK, Lênio Luiz. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, p. 2. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 7 out. 2008.

²⁸ Todo aquele que detém o poder tende a dele abusar até onde encontre limites, é o que observou Montesquieu, frente ao cenário da Inglaterra do século XVII. É nisso que repousa a idéia de que o poder detém o poder. E este temor era tão presente que a supremacia do Parlamento concebida em Locke gerou receios, em especial, na então formação das colônias americanas, o que fez com que essas desenvolvessem um modelo de separação de poderes que mitigasse a supremacia do Parlamento defendido por Locke e, ao mesmo tempo, conferisse um maior equilíbrio à relação entre os Poderes, desenvolvendo a doutrina de “checks and balances” com base na supremacia da Constituição.

O que é o instituto da *Judicial Review*? Conforme o *Black's Law Dictionary*, tal instituto consiste exatamente no poder da Corte de revisar as decisões de outro departamento ou nível de governo, consagrado no paradigmático *case Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137, 177, 2 L.Ed. 60; é o recurso de um determinado órgão administrativo para uma Corte revisar a decisão com base nos fatos ou no Direito, ou em ambos. Pode também se referir à revisão das Cortes de apelação ou de uma Corte intermediária das decisões das Cortes inferiores.²⁹

Assim, quando o *Chief Justice John Marshall*, em 1803, também sob a égide do artigo VI, cláusula segunda, da Constituição Federal de 1787, preconiza a supremacia da Constituição, proclamou de forma clara e concisa, no caso *Marbury versus Madison*, o princípio essencial a todas as Constituições, de que um Direito que lhe for contrário é nulo, e de que as Cortes bem como outros departamentos (departamento significando outros Poderes) estão a ela vinculados³⁰ já havia mais de um século de história americana e de precedentes por detrás dessa decisão.

O precedente estabeleceu o poder da Suprema Corte como efetiva e última intérprete da Constituição; se todos os Poderes de Estado estão submetidos à Constituição, qualquer legislação infraconstitucional obrigatoriamente deve estar em consonância com a mesma, pena de vício de inconstitucionalidade.

Essa famosa decisão considerou inconstitucional um artigo do *Judiciary Act, de 1789*, com base no fato de que a referida legislação concedia competência originária para a Corte conhecer matéria que a Constituição limitava à competência recursal. Como afirmam Baker e Williams, a ironia da decisão é que a Corte, para construir a tese da *Judicial Review*, precisou declarar inconstitucional legislação que, na realidade, lhe concedia maior competência do que a própria Constituição lhe atribuía.³¹

²⁹ "Power of courts to review decisions of another department or level of government. *Marbury v. Madison*. Form of appeal from an administrative body to the courts for review of either the findings of fact, or of law, or of both. May also refer to appellate court review of decisions of trial court or of an intermediate appellate court". (BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6th ed. USA: West publishing, 1998. p.593).

³⁰ "Principle supposed to be essential to all written constitutions that a law repugnant to the Constitution is void; and that Courts as well as other Departments, are bound by that instrument". (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 63).

³¹ BAKER. Thomas E.; WILLIAMS. Jerre S. **Constitutional analysis**. 2nd ed. Minnesota: Thomson/West, 2003. p. 58, The remarkable irony of this decision was that the Court established its great power of judicial review by holding unconstitutional a statute of Congress which attempted to give the Court more power- power to hear certain kinds of cases which the Court held the Constitution would not allow.

A Corte utilizou-se de um expediente nada comum ao decidir o *case*. Em vez de inicialmente examinar se o mesmo estaria dentro das hipóteses de exame da Corte em competência originária, questão procedimental anterior ao exame de mérito, a Corte inverteu o exame e, primeiramente, adentrou o mérito da questão e somente depois se posicionou no sentido de que não estava o *case* entre as hipóteses de competência originária da Corte, e sim, recursal, de forma que o *writ* teria que ser negado. Mas não sem antes tal opinião claramente construir toda a base para a *Judicial Review*. BURTON, Harold H. *Marbury v. Madison: The Cornerstone of Constitutional Law*. In: CHOPPER, Jesse H. (Ed.). **The Supreme Court and its justices**. Chicago: American Bar Association, 1987. Capítulo 1, p. 21.

A revisão judicial de atos do Legislativo era controversa mesmo antes da Constituição ser ratificada e adotada. Alexander Hamilton sustentava a Teoria da *Judicial Review* nos seus escritos *Federalist papers*. Seu argumento era no sentido de que, sendo o Judiciário o Poder mais vulnerável do governo, sua destinação era ser um intermediário entre o povo e o Legislativo. Partindo do princípio de que era responsabilidade do Judiciário a interpretação das leis, e sendo a Constituição a lei máxima do país, qualquer conflito entre os atos do Legislativo e a Constituição deveria ser resolvido pela Corte, dando efetividade ao Direito nesta estabelecido.³²

A linguagem da lei declarada inconstitucional no *case* era de fato ambígua; entretanto, acreditam, vários constitucionalistas, que, se essa disputa legal se estabelecesse nos dias atuais, a Corte certamente faria uma interpretação da legislação que evitasse a declaração de sua inconstitucionalidade, por mais brilhante, detalhada ou meticulosa que fosse a opinião do *Justice Marshall* e, talvez, evitasse que *Marbury* perdesse a ação e, conseqüentemente, não tomasse posse como Juiz de Paz.³³

As divisões doutrinárias, quanto ao posicionamento favorável ou contrário ao poder de revisão das decisões, estão ligadas à controvérsia de um exercício mais limitado desse poder (*self-restraint*) ou de um poder de revisão que acabe por se configurar numa supremacia do Poder Judiciário muito além do imaginado pelo *Chief Justice Marshall*.

A maioria das objeções à *Judicial Review* está ligada à sua natureza contra-majoritária, pela tensão que exerce com o direito fundamental à Democracia representativa, ou seja, com os representantes eleitos de forma democrática para legislar à Nação. Entretanto, os defensores da *Judicial Review* entendem que esse argumento se torna irrelevante, na medida em que a própria legislação americana autoriza a revisão, pela Corte, das decisões que julgam a validade de tratados e legislação em geral, no *Judiciary Act of 1789*, e, ademais,

³² Outras autoridades discordavam deste posicionamento. No *case Eakin v. Raub*, Justice Gibson afirmou que a função do Judiciário estava limitada à interpretação das leis e não poderia passar por seu escrutínio a autoridade do Legislativo de editar as leis. O juiz Learned Hand entendia que o poder da judicial review era inconsistente com a doutrina da Separação dos Poderes. O caso *Marbury v. Madison* serviu de suporte e reforço no sentido de tornar o Judiciário um Poder igual aos demais Poderes, e não mais um Poder limitado dentro da estrutura tripartite de poder. (tradução nossa) GOLDENBERG, Norman S.; TENEN, Peter (Ed.) **Casenote legal briefs, constitutional law**. USA, Casenotes Publishing, 2001. p. 3.

³³ BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional analysis**. 2nd ed. Minnesota: Thomson/West, 2003. p. 58.

segundo os defensores da *Judicial Review*, a Corte, ao exercer esse poder, não faz nada mais do que implementar o próprio texto da Constituição, quando se utiliza da *Supremacy Clause*.³⁴

E, para citar exemplo atual dessa controvérsia, nada melhor do que a polêmica decisão da Suprema Corte ao definir quem seria o presidente dos Estados Unidos da América nas eleições de 2000, no *case Bush versus Gore*, 531 U.S. 98 (2000), decisão esta que, inclusive, demonstrou o alto grau de divisão ideológica da Corte e a sua tendência em se envolver, ou não, em determinadas questões políticas, a chamada *political question doctrine*.³⁵

A denominada “questão política” sempre foi interpretada segundo os interesses ou o direito em jogo.³⁶ Nesse sentido, não há como separar o político do jurídico. A partir do momento em que a Corte define que possui Jurisdição sobre o *case*, ela precisará definir o grau de intervenção que ela exercitará, medida essa que, de uma forma ou outra, atinge e repercute profundamente na sociedade.

In some cases, the Supreme Court has interceded deeply into the workings of the political process, essentially substituting its own judgments for those of legislatures and executives. At other times, courts have intervened less, largely deferring to the judgments of the other branches of government. Either way the consequences of judicial action or abstention are profound. On the one hand, the judiciary risks a loss of legitimacy and influence when it delves too deeply into the political process. Conversely, though, perhaps the risk is greater if the court opts out of the political process because then it is merely avoiding tough questions of democratic practice and reform.³⁷

³⁴ FINCK, Danielle E. Judicial review: The United States Supreme Court versus the German Constitutional Court, **20 Boston College International & Comparative Law Review** 123, USA, p. 5, 1997.

³⁵ In *Bush v. Gore* (2000) the U.S. Supreme Court decided the 2000 presidential race by stopping the recount of disputed ballots in Florida, a ruling that had the effect of awarding the state's twenty-five electoral votes- and the presidency- to George W. Bush. As Banks, observes, the ruling reflects a judicial choice that allowed the Court micromanage the behavior of political actors such as the Florida Supreme Court and the state election officials. Yet, he notes, the Court's involvement in the campaign also increased the risk that the federal Supreme Court might appear to be politically illegitimate, something that could have been avoided by using the political question doctrine. BANKS, Christopher P.; GREEN, John C. **Superintending democracy: the courts and the political process**. Ohio, USA: The University of Akron Press, 2001. p.9.

³⁶ Jeffrey Segal and Harold Spaeth, for example, argue that the doctrine of judicial restraint is nothing more than a rhetorical cover for judicial “deference” to policies that a justice happens to agree with. KECK, Thomas M. **The most activist supreme court in history: the road to modern judicial conservatism**. Chicago: The university of Chicago press, 2004. p. 3.

³⁷ BANKS, Christopher P.; GREEN, John C. **Superintending democracy: the courts and the political process**. Ohio, USA: The University of Akron Press, 2001. p. 3-4. Em algumas ocasiões a Suprema Corte têm interferido profundamente no desenvolvimento do processo político, de sorte a substituir o julgamento do Legislativo e do Executivo pelo seu próprio julgamento. Em outros momentos as Cortes interferiram menos, dando primazia à posição dos demais Poderes. De qualquer forma, as conseqüências da ação ou abstenção da ação judicial são profundas. Por um lado, o Judiciário arrisca a perda da sua legitimidade e de sua influência quando intervém no processo político. Entretanto, pode o risco ser maior se as Cortes optam por não se envolver nos processos políticos, pois estarão neste caso evitando questões sérias sobre as práticas e as reformas ao processo democrático. (tradução nossa).

Sem embargo, é também esse poder da *Judicial Review*, associado à compreensão do papel da Corte como Poder da Nação, que, diretamente, atinge e amplia o papel do Judiciário na sociedade americana. O Judiciário tem absoluta noção da importância da função que desempenha na garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos e não hesita, em determinadas situações, em exercer esse poder para garantir a aplicação de suas decisões, ainda que isso signifique atuar no lugar, ou em substituições aos outros Poderes (*step in*), nas obrigações dos demais Poderes que não estão cumprindo com suas funções ou estão cumprindo mal, em aviltamento à Constituição.

Questão bastante controversa é a que define os limites de atuação do Judiciário como um dos Poderes da Nação. Ou seja, os limites impostos pela legitimidade e pela Democracia. Como referem Banks & Green, as Cortes não são instituições democráticas³⁸, falando de forma estrita, exercendo seu poder ao interpretar a Constituição de forma contramajoritária. Entretanto, o papel dessa Instituição, ainda que possa ser visto como não estritamente democrático, é absolutamente essencial e importante no sentido de prevenir excessos por parte de Instituições chamadas democráticas, que fazem uso, não raro, da “tirania da maioria”. É, na garantia do exercício dos direitos constitucionais implementados pela Corte que as minorias possuem o seu trunfo, para usar uma expressão dworkiana.

After all, the Courts are not, strictly speaking, democratic institutions, and they frequently exercise their power to interpret the Constitution in a countermajoritarian fashion. However, undemocratic decision-maker can be critical in preventing excesses on the part of democratic institutions.³⁹

O uso da “tirania da maioria” é corrente nas Instituições Políticas, e não significa, necessariamente, que as decisões emanadas dessas Instituições ou de determinado Poder sejam democráticas. De igual forma, o *lobby* exercido pelas “minorias” pode desempenhar grande influência. De um modo geral, qualquer Instituição Política, ou não, está sujeita à

³⁸ A concepção de que as Cortes não são instituições democráticas é divergente, com parte dos doutrinadores sustentando que as Cortes são catalizadoras do debate democrático e, portanto, preenchem pressuposto essencial da própria existência da Democracia.

³⁹ BANKS, Christopher P.; GREEN, John C. **Superintending democracy**: the courts and the political process. Ohio, USA: The University of Akron Press, 2001. p. 2. Afinal, as Cortes não são instituições democráticas e frequentemente exercitam o seu poder de interpretar a constituição de forma contramajoritária, entretanto, mesmo um julgador não democrático pode ser importante em barrar os excessos de instituições democráticas. (tradução nossa).

atuação de pressões internas e externas e, muitas vezes, o Poder que deveria editar leis, “in casu” o Congresso, deixa nas mãos do Judiciário a responsabilidade de resolver o conflito político que aqueles não se dispõem a enfrentar para evitar o seu custo político.

Aliás, a história mostra que são vários os exemplos em que o Legislativo e o Executivo deixaram nas mãos do Judiciário a árdua tarefa de dizer o Direito e de impor sua aplicação. Por isso, as críticas muitas vezes alardeadas da atuação ativista da Suprema Corte não são nada mais do que falácias daqueles que não concordaram com a decisão proferida e que, no entanto, não agiram quando poderiam ter agido, exatamente para não sofrer a retaliação do processo eleitoral subsequente.

O Judiciário e, em especial, a Suprema Corte, têm plena noção da sua atuação ora mais informada pelo *self restraint*, ora mais *activist*. Como *Justice Harlan Fiske Stone*, em certa ocasião, referiu, o único *restraint* que a Corte exerce decorre de seu próprio senso de *self-restraint*. Ela decide até onde quer se envolver na resolução de determinada questão.

Neutral principles and precedent are not enough to restrain the Court. One thus finds continuous controversy over whether the Court has been sufficiently “self restrained” or too “activist”. *Justice Harlan Fiske Stone* once said that the only restraint on the Court was its own sense of self-restraint. The question then becomes whether and when it should exercise that restraint, whether, for example, as *Justice Frankfurter*-during his tenure the foremost advocate of judicial self-restraint-argued, the Court should stay out of reapportionment issues because it involved “political entanglements” and the clash of political settlements or whether the Court should take an active role in protecting individual rights.⁴⁰

E, nesse sentido, muito ainda será escrito sobre o papel da Suprema Corte na sociedade americana, não somente como Instituição de Poder, como um dos Poderes da Nação, mas, também, sobre seu papel como criadora do Direito. Isso bem demonstra que a divisão de posicionamentos quanto aos limites do poder da *Judicial Review* e da atuação da

⁴⁰ WASBY, Stephen L. **The Supreme Court in the federal system**. USA: Holt, Rinehart and Winston, 1978. p. 20 Princípios neutros e precedentes não são suficientes para reprimir as Cortes. Por isso, pode-se encontrar contínua controvérsia sobre se a Corte tem agido com abstenção suficiente ou se tem sido muito ativista. O *Justice Harlan Fiske Stone* disse em determinada ocasião que a única abstenção da Corte é a sua própria noção sobre abstenção. A questão então passa a ser “se” e “quando” ela deve se abster, se, por exemplo, conforme o *Justice Frankfurter*, um dos maiores defensores do judicial self restraint, argumentou durante a sua judicatura, de que a Corte deveria se abster de julgar os casos sobre as proporcionalidades distritais eleitorais pois esta matéria envolve questões políticas e o confronto à acordos políticos ou se a Corte deveria tomar uma posição ativa em proteção aos direitos individuais. (tradução nossa).

Corte ainda será tema de futuros debates, tanto pela Academia, quanto pela sociedade em geral, na busca da concretização da Democracia e de seus valores implícitos e explícitos.

Como vimos afirmando, a atuação da Suprema Corte Americana, desde a sua criação até os dias atuais, sempre foi bastante ativa e controvertida, muito presente e percebida pela sociedade, ora na defesa do cidadão e contrário aos interesses do Estado, ora a favor dos programas políticos criados pelo Executivo e/ou Legislativo.

Várias “Eras” demonstram a atuação da Corte, sua centralidade e liderança no desenvolvimento da Nação, com atuação ora mais combativa, ora aliada à vontade dos demais Poderes. A Era Marshall, a Era New Deal, a Era Warren, a Era Renhquist entre outras, caracterizam a Corte ora com posição liberal, progressista, na garantia dos direitos civis, ora mais conservadora; isto é, ora conferia maior poder aos Estados, ora desenvolvia abertamente maior poder de interferência da União sobre os entes federados (os Estados). Essas tendências eram e são apontadas como ideologicamente vinculadas aos partidos Republicano e Democrata, mais conservadoras ou mais liberais, respectivamente, conforme a matéria em questão.

O próprio Presidente Roosevelt teve dificuldades em lidar com a Suprema Corte durante o seu mandato. A época conhecida como *New Deal Era* foi de muito ativismo judicial, ocasião em que a Suprema Corte, em inúmeros momentos, contrariou as intenções do Executivo e do Legislativo, assim agindo, também, em outros momentos do século XX, quando ela, adotando determinada posição, criou precedentes que influenciaram sobremaneira a sociedade americana.

Hoje, sabe-se que a composição da Corte é nitidamente Republicana, em decorrência das nomeações feitas, recentemente, pelo Presidente Republicano George Bush, acentuando uma tendência clara ao conservadorismo, em especial, com relação à liberdade e práticas dos direitos civis. Tal posicionamento fica evidente quando a Corte tenta restringir o Direito ao aborto, ao casamento entre os homossexuais ou mesmo os direitos decorrentes desta união, assumindo posicionamento de grupos religiosos radicais ou, ainda, quando, nas áreas política e econômica, defere maior poder aos Estados, como unidades autônomas, ou dá grande deferência ao posicionamento das agências governamentais federais e à política ditada pelo Governo Bush, fazendo uma leitura e uma interpretação originalista dos princípios constitucionais.

Desde o início da história da Suprema Corte, sua atuação, na maior parte do tempo, foi alinhada com o poder político dominante. Poucos foram os momentos em que a Corte enfrentou, sistematicamente, os demais Poderes da União.

A Suprema Corte Americana agiu contrariamente aos interesses do Executivo no primeiro período da chamada *New Deal Era*, quando a mesma vinha se posicionando, no início do governo Roosevelt, recorrentemente, de forma contrária à intervenção do governo federal nas regulações estaduais, posteriormente mudando de posição, compreendendo a importância de seu papel na solução dos problemas sociais na época. Roosevelt acreditava que era necessário maior interferência, ingerência da União nos Estados, de sorte a debelar a crise recém vivida pela sociedade nos anos trinta.

A Era Renhquist, por sua vez, muito próxima, desempenhou uma influência que ainda se projeta para os dias atuais, porquanto, no início de 2006, *Justice* Renhquist se aposentou, assumindo a Presidência da Corte *Justice* Roberts. O período ainda é debatido pelos doutrinadores e pelo meio jurídico como uma era de grandes divisões ideológicas. Como principais expoentes da linha conservadora, encontramos o próprio *Justice* Renhquist e o *Justice* Scalia, ambos defensores da maior independência das unidades federativas, ou seja, dos Estados; e, na linha mais liberal, *Justice* Brennan, que lidera inúmeras decisões favoráveis à expansão dos direitos fundamentais.

Segundo Phelps & Gates, conclusões podem ser extraídas da forma de decidir do *Justice* Renhquist. O autor afirma que, sumarizando a jurisprudência de Renhquist, essa indica três tendências ou regras decisórias por ele aplicadas: ⁴¹

Conflicts between an individual and the government should, whenever possible, be resolved against the individual; Conflicts between state and federal authority [...]. Should, whenever possible, be resolved in favor of the states; and questions of the exercise of the federal jurisdiction [...]. Should, whenever possible, be resolved against such exercise.

⁴¹ PHELPS, Glenn A.; GATES, John B. The Myth of jurisprudence: interpretive theory in the constitutional opinions of Justices Rehnquist and Brennan. **31 Santa Clara Law Review** 1991, USA, p. 4, 2007. Conflitos entre indivíduos e o governo devem, sempre que possível, ser decididos contrariamente aos indivíduos; conflitos entre as unidades federadas, os Estados, e a autoridade do governo federal, devem, sempre que possível ser decididos à favor dos Estados; questões que envolvam a competência jurisdicional federal, devem, sempre que possível ser resolvidas contrariamente ao exercício de tal jurisdição. (tradução nossa).

Para os citados autores, no decorrer dos anos, houve pouca alteração nessa linha de argumentação das decisões do *Justice* Renhquist; referem, ainda, que outros estudos indicam a existência de certa hostilidade em suas decisões relativamente às questões que envolvem “*civil liberties*”. Quase todos pedidos relativos à *illegal search and seizure* feitos pelo réu são negados, e existe oposição sistemática às *liberal economic policies* e *egalitarian social policies*.⁴²

Tanto é assim que a Corte formada por Renhquist vinha gradativamente alterando vários precedentes criados pela *Warren Court*, conhecida pelos precedentes que estabeleceu na área processual penal, em especial, o direito dos acusados a um *fair trial*. A *Renhquist Court* é a Corte que, até hoje, mais alterou precedentes na história da Suprema Corte atuando, muitas vezes, com posições ideológicas diretamente distintas.

Mas não podemos nos esquecer que a Corte presidida pelo *Justice* Renhquist possui como um de seus componentes o *Justice* Brennan, conhecido como um dos maiores defensores do liberalismo na Suprema Corte e que, apesar de minoritária, tem contribuído, em muito, na defesa de políticas igualitárias e das liberdades civis, em particular, na liberdade política, no que é acompanhado por *Justice* O.Douglas.

Há ainda quem sustente que a *Renhquist Court* deveria ser vista ou lembrada não pelo seu *Chief Justice*, mas, sim, ser conhecida como *O’Connor Court*. Michael Rappaport afirma que a Corte Renhquist não deve ser compreendida como a Corte que impõe a sua supremacia conservadora em relação aos demais Poderes, mas, como uma Corte politicamente moderada e sensível à sua reputação pública: em outras palavras, como a própria *Justice* O’Connor faz:

Like Justice O’Connor herself, the O’Connor Court sometimes imposes its views on other branches, sometimes not; sometimes it is conservative, sometimes not. It is not a very principled institution, but it is also not extreme. The O’Connor Court is, however, especially concerned about its political capital. Indeed, I argue that some of the cases that critics have seen as arrogant are better understood as unprincipled

⁴² PHELPS, Glenn A. GATES, John B. The Myth of jurisprudence: interpretive theory in the constitutional opinions of Justices Rehnquist and Brennan. **31 Santa Clara Law Review** 1991, USA, p. 4, 2007. p. 4.

decisions undertaken to protect the Court's reputation.⁴³

Rappaport, em geral, defende o entendimento de que algumas críticas tecidas à *Rehnquist Court* são infundadas ou mesmo bastante suscetíveis, porquanto essa visão não se sustenta faticamente. Para os que afirmam que a Corte pretendeu impor fortemente a supremacia judicial em relação aos demais Poderes e, igualmente, ter buscado impor uma agenda de ativismo judicial conservador, ele responde em sentido inverso:

In my view this two critics are problematic largely because they are not supported by facts. The Rehnquist Court has not overall been a particularly supremacist Court as compared to earlier Courts. Nor has the Rehnquist Court been strongly conservative. If one interprets this claim as charging the Rehnquist Court with overturning the decisions of other government entities to an unprecedented extent, it is simply untrue. The Warren Court effected a constitutional revolution in many areas, including criminal justice, voting rights, racial matters, and the First Amendment. These Supreme Court cases displaced the decisions of political branches in order to impose radical changes on American society. The changes made by the Rehnquist Court do not approach those of the Warren Court.⁴⁴

O mesmo segue afirmando que, de fato, a Era Rehnquist deverá ser, no futuro, lembrada muito mais como sendo a Corte da *Justice O'Connor* e do *Justice Kennedy*, porque os três *Justices* conservadores da Corte (Rehnquist, Scalia e Thomas) não conseguiriam obter a maioria nas decisões, se não fossem acompanhados um pelo voto dos outros (O'Connor e Kennedy), ambos politicamente moderados com algumas posições conservadoras e outras liberais, acompanhando a posição dos *Justices* Souter, Stevens, Ginsburg and Breyer, o que

⁴³ RAPPAPORT, Michael B. It's the O'Connor Court: a brief discussion of some critiques of the rehnquist court and their implications for administrative law. *Northwestern University Law Review*, USA, v. 99, p. 370, 2005. Como a própria Justice O'Connor, a Corte O'Connor às vezes impõe sua visão aos demais Poderes, outras não; às vezes ela é conservadora, as vezes não. Não se trata de um princípio amplamente institucionalizado, mas também não é extremo. Entretanto, a Corte O'Connor é especialmente preocupada com seu capital político. Na realidade, eu sustento que alguns cases, criticados pela doutrina como arrogantes, podem ser melhor compreendidos como decisões não principiológicas, mas tomadas para proteger a reputação da Corte. (tradução nossa).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 371. Na minha visão, essa críticas são problemáticas, pois, não são faticamente amparadas. A Rehnquist Court não é de maneira geral uma Corte que impõe sua supremacia quando comparada com as Cortes anteriores. Nem tem sido ela fortemente conservadora. Se a afirmação é feita com base nas decisões que são contrárias aos demais órgãos governamentais, tal afirmação não é verdadeira. A Warren Court efetuou revoluções constitucionais em várias áreas, inclusive em áreas como a justiça criminal, direito ao voto, racismo e questões relativas à 1ª. Emenda Constitucional. Essas decisões substituíram as decisões dos órgãos políticos impondo mudanças radicais à sociedade americana. As mudanças impostas pela Rehnquist Court não se aproximam das mudanças impostas pela Warren Court. (tradução nossa).

bem demonstra o quanto as decisões da Corte vêm em grande parte influenciadas, pela posição político-ideológica de seus atores.⁴⁵

O'Connor's and Kennedy's vision of the judicial role is fundamentally different from that of their conservatives colleagues. Scalia, Thomas and Rehnquist have drew a sharp, categorical distinction between those contexts in which the original constitutional text declares limits that the courts should actively enforce, on the one hand, and those contexts in which the text is 'silent' and hence calls for restraint, on the other. [...] O'Connor's and Kennedy's vision has been the decisive one.⁴⁶

Sendo ou não conhecida como a Corte O'Connor, o que as estatísticas demonstram é o quanto a Corte Rehnquist foi altamente dividida, sendo que, *"during their first nine terms together, for example, these nine Justices decided 155 cases by a vote 5-4. In seventy three of these cases, O'Connor and Kennedy joined their three fellow conservatives to form conservative majority, but in thirty six of them, either O'Connor or Kennedy defected, joining Stevens, Souter, Ginsburg and Breyer to form a liberal majority."*⁴⁷

O que pode ser afirmado é que a Suprema Corte, historicamente, sustentou e sustenta até hoje sérias críticas e controvérsias quanto à sua atuação, em especial, quando decisões de grande impacto na sociedade são alcançadas por 5-4. Mas, em termos gerais, a Corte tem se mantido consistente apesar de alguns momentos mais frágeis, inclusive, de ameaças quanto à sua legitimidade e integridade como instituição, sem deixar de mencionar que as crises suportadas em muitos momentos somente refletiam a crise maior vivenciada pela Nação. Ao depois, cada *case* ou decisão precisa ser compreendida em seu contexto. A Corte tinha muitos inimigos, mas, também, tinha muitos aliados nessas várias Eras. Em várias situações esteve em fogo cruzado com o Congresso e com o Executivo.

⁴⁵ RAPPAPORT, Michael B. It's the O'Connor Court: a brief discussion of some critiques of the rehnquist court and their implications for administrative law. *Northwestern University Law Review*, USA, v. 99, p.377, 2005.

⁴⁶ KECK, Thomas M. **The most activist supreme court in history**: road to modern judicial conservatism. Chicago: University of Chicago Press, 2004. p. 201. A visão de O'Connor e Kennedy sobre a função judicial é fundamentalmente diferente da visão conservadora de seus colegas. Scalia, Thomas e Rehnquist criaram uma distinção acentuada em termos do que o texto da Constituição declara e quanto aos limites de atuação da Corte, em contextos em que ela é silente e, em outros, onde o texto determina abstenção [...] nesse contexto a visão de O'Connor e Kennedy tem sido decisiva. (tradução nossa).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 201. Durante os primeiros anos de suas judicâncias, por exemplo, estes nove Justices juntos decidiram 155 cases por 5-4. Em 73 destes cases, O'Connor e Kannedy estiveram ao lado de seus colegas conservadores formando uma maioria conservadora, mas em 36 dos cases, ou O'Connor ou Kennedy mudaram de posição e se juntaram a Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer formando uma maioria liberal.(tradução nossa).

Um dos primeiros momentos de crise ou de tensão entre os Poderes se deu no início da história da Corte, com a eleição de Thomas Jefferson como Presidente da República, e a subsequente batalha entre os *Jeffersonian*, Republicanos, e a Corte conduzida pelo Federalista John Marshall. A Era Marshall, como ficou conhecida, lutou ferozmente no sentido de fixar a Corte como poderosa e efetiva Instituição do governo, ao mesmo tempo em que se protegia do retalhamento dos republicanos.⁴⁸

During the first decade of the nineteenth century, Marshall claimed for the Court the power to review acts of Congress and declare them unconstitutional, while parrying broad-based attacks on the court, including threats of impeachment against himself and the other justices. The Court's ability to survive this first great crisis, and indeed to come out of that crisis with its authority firmly established, provided a foundation upon which it was able to build for the future.⁴⁹

Sem dúvida, a Corte Marshall esteve no centro dos acontecimentos no início do século XIX. Sem deixar de citar a famosa decisão *Marbury versus Madison*, que, como destacamos, estabeleceu o poder da Corte de revisar os atos do Legislativo, outras decisões, igualmente, se mostraram importantes para o desenvolvimento social e econômico do país, tais como *Gibbons versus Ogden*, que estabeleceu o poder do Congresso em legislar sobre matérias de interesse comercial entre os Estados, e *McCulloch versus Maryland*, onde a Corte declarou inconstitucional a tributação estadual sobre o Banco Nacional, estabelecendo inúmeras diretrizes quanto ao papel do governo federal na Federação.

Justice Marshall é reconhecido como o maior *expounder of the Constitution*. Na época, a Constituição somente tinha doze anos de existência e havia sido criada para o estabelecimento da união entre os Estados independentes. A visão de muitos era de que a Constituição se tratava de um experimento na ciência da governança e, ao mesmo tempo, um perigoso experimento. Tanto foi assim que a Constituição foi aprovada pelos Estados com uma margem muito pequena de votos e ninguém sabia ou podia prever como ou de que forma ela suportaria o teste do tempo: *Constitutions are not the same on paper as in real life. It fell*

⁴⁸ LASSER, William. **The limits of judicial power**. The Supreme Court in american politics. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1988. p. 4

⁴⁹ *Ibid.*, p. 45. "Durante a primeira década do século XIX Marshall trabalhou no sentido de estabelecer o poder da Corte de rever os atos do Congresso e de declará-los inconstitucionais, ainda que sob forte ataque sobre a Corte, incluindo ameaças de impeachment sobre si mesmo e outros membros da Corte. Mas a habilidade da Corte de sobreviver a essa crise e de sair dela com a autoridade estabeleceu firmemente as bases em que o futuro da Corte foi construído". (tradução nossa).

*to the lot of John Marshall to translate our Constitution from paper into real life, to enable it to meet the problems of a new, poor, war-tired and divided country.*⁵⁰

Essas, entre outras razões, dão ao *Justice Marshall* e à sua Corte a relevância merecida na história da Nação, em especial, pela visão, sabedoria, paciência e coragem da tarefa que ele idealizou e realizou por trinta e quatro anos na Corte, durante um dos períodos de formação política mais turbulentos da história americana.

Mas, a relação conturbada da Corte com o Poder Executivo e com o Congresso não se limitou à Era Marshall; de igual forma, sucedeu no primeiro período da chamada New Deal Era. Novamente, em época de crise nacional, ocasião do crash da bolsa de valores e de uma das maiores recessões econômicas que o país viveu, a Corte desempenhou importante papel político mantendo a estabilidade necessária ao sistema.

No início do governo de Franklin D. Roosevelt (FDR), a Corte travou séria batalha com o Presidente aludido, quanto à constitucionalidade do pacote de medidas chamado de *New Deal recovery and reform program*. Naquele quadro, a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma dezena de medidas do programa New Deal, do qual Roosevelt era árduo e apaixonado defensor. A atuação da Corte, ao barrar o programa do governo e de defender seus próprios pontos de vista sobre a Constituição, levou a um referendun popular, em 1936, proposto pelo Presidente Roosevelt, cujo mandato lhe autorizava, inclusive, a mudar o número de *justices* na Suprema Corte de nove para onze, o famoso *Court packing plan*, que venceu com larga margem.⁵¹ A proposta de ampliar o número de *Justices*, ainda que não implementada, acabou por alterar o posicionamento da Corte e, a partir de 1937, ela passou a aprovar as medidas econômicas lançadas por Roosevelt para recuperação econômica do país.⁵²

O *New Deal Swicht in time*, of 1937, tornou-se um marco na história do Direito Constitucional moderno americano. No período que antecedeu o swicht in time, a Corte agia fortemente na limitação constitucional dos Poderes Legislativos estaduais e federais, levando

⁵⁰ CHOPER, Jesse H. **The Supreme Court and its Justices**. Chicago: American Bar Association, 1987. p. 49

⁵¹ The Court packing plan provoked a storm of disapproval even among Roosevelt's own supporters and was not adopted, but FDR really won the war against the Court when, in the "switch in time that saved nine" Justice Owen Roberts shifted his voting pattern, several conservatives justices retired, and the Court sustained a wide variety of economic regulation measures." WASBY, Stephen L. **The Supreme Court in the federal judicial system**. USA: Holt, Rinehart and Winston, 1978. p. 6.

⁵² LASSER, William. **The limits of judicial power: the Supreme Court in american politics**. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1988. p. 111.

inclusive, muitos juizes e doutrinadores a questionar a legitimidade dessa atuação num sistema político democrático. “As President Franklin D. Roosevelt’s appointees took over the Court, during the late 1930s, they abandoned the preexisting constitutional conceptions of limited government – rooted primarily in notions of federalism and property rights – in order to legitimize the modern welfare- regulatory state.”⁵³

A visão compartilhada entre os estudiosos é de que a Corte, no período da *New Deal* Era, propiciou uma revolução nacionalista em termos constitucionais. Essa visão, tanto na ótica dos que defendem a atuação da Corte naquele período, quanto dos que a criticam, é de que essa Era foi uma revolução em termos federalistas.

The New Deal Era should be conceived of as a revolution from the perspective of federalism. In granting extensive new powers to Congress, the new deal Court engineered a massive project of constitutional centralization involving a fundamental shift in the relationship between the states and the federal government. Specifically, the expanded powers of Congress under the commerce clause, which enabled it to reach local activities for the first time, were transferred from states, thereby ending (in effect if not in name) their previously exclusive power over interstate matters.⁵⁴

Posteriormente, sem menosprezar a atuação da *Stone Court*, que foi a Corte que vivenciou o período da Segunda Guerra Mundial, que iniciou a política de proteção aos direitos individuais e acompanhou os últimos anos da presidência de Roosevelt, surge com destaque a *Warren Court*.

A *Warren Court* é sempre citada pela sua atuação na área da proteção aos direitos e liberdades civis, na área do desenvolvimento do processo penal e no papel que deveria ser desempenhado pelas Cortes federais. A Corte é responsável pela publicação de decisões que se tornaram famosas e que até os dias atuais são citadas, como, por exemplo, *Brown versus Board of*

⁵³ KECK, Thomas M. **The most activist supreme court in history**: road to modern judicial conservatism. Chicago: University of Chicago Press, 2004. p. 18. Conforme os Justices nomeados pelo Presidente Roosevelt foram tomando posse, no final dos anos 30, eles abandonaram as concepções constitucionais preexistentes de governo limitado – fundado em noções de federalismo e direito de propriedade – e legitimaram um novo modelo de governo regulatório típico de um Welfare State. (tradução nossa).

⁵⁴ GARDBAUM, Stephen. **New Deal Constitutionalism and the unshackling of the States**. University of Chicago, Westlaw, Thomson/West, 2006. p. 1. A Era New Deal deve ser compreendida como uma revolução sob o ponto de vista do federalismo. Em garantir a constitucionalidade de novos e amplos poderes ao Congresso, a New Deal Corte engendrou um projeto constitucional de centralização modificando acentuadamente a relação antes existente entre os Estados e o governo Federal. Mais especificamente em expandir os poderes do Congresso sob o manto da Commerce Clause em regular as atividades locais antes sob o controle legislativo exclusivo dos Estados. (tradução nossa).

education, New York Times Co. versus Sullivan, Baker versus Carr ou, ainda, Griswold versus Connecticut, determinantes para, anos mais tarde, ser possível a decisão em *Roe versus Wade*.⁵⁵

The Warren Court's legacy in the field of civil rights and civil liberties is both tremendously important and deeply flawed. The legacy is unquestionably important because the Warren Court oversaw a judicial revolution that helped to speed the end of the American apartheid in the Deep South. One cannot overestimate the significance of this legacy: Chief Justice Earl Warren and his colleagues did more to advance the project of equal citizenship than any other court, state or federal, before or after. As in the field of criminal procedure and with respect to the role and function of the federal courts, the Warren Court's efforts in the area of civil rights and civil liberties were nothing short of revolutionary. Whether in the area of freedom of speech, equal protection, or substantive due process, Chief Justice Earl Warren and his colleagues redefined- in a radical way- the relationship of the citizen to the state.⁵⁶

A realidade demonstra que, ao buscar definir a atuação da *Warren Court*, encontramos tanto defensores quanto opositores, sendo que em ambos encontramos argumentos plausíveis. Fica evidente o partidarismo que ela aflora ao abordar os precedentes.

Alguns partidários da atuação da Corte celebram e idolatram as atuações do *Chief Justice* Earl Warren, outros não. De qualquer forma, como afirma Powe Jr., "*In either case, the Warren Court is the window to the present, a touchstone for determining right and wrong today*".⁵⁷

Wasby afirma que é inegável que somente com a *Warren Court* é que as minorias obtiveram vitórias, antes impossíveis, por meio da atuação de Executivos e Legislativos relutantes. *Through its civil liberties activism, most of it evident in decisions striking down*

⁵⁵ KROTOSZYNSKI JR, Ronald. J. A Remembrance of things past? reflections on the warren court and the struggle for civil rights. **59 Washington and Lee Law Review** 1055, p. 2, 2002. New York Times Co. v. Sullivan a case that distinguished free speech scholar, Alexander Meiklejohn characterized as an occasion for dancing in the streets. [...] How can one talk meaningfully about equal protection without mentioning Brown v. Board of education, Bolling v. Sharpe, Baker v. Carr and Reynolds v. Sims? [...] Without Griswold v. Connecticut it is less certain that we would have Roe v. Wade.

⁵⁶ Ibid, p. 2 "O legado da Corte Warren é tremendamente importante na área dos direitos e liberdades civis e é também profundamente imperfeito, permeado por falhas. Sem dúvida é inquestionável a importância do legado, pois a Warren Court supervisionou uma revolução judicial que auxiliou no processo de aceleração que pôs fim ao apartheid americano existente no Sul do país. Ninguém superdimensiona o significado desse legado. O Chief Justice Earl Warren e seus colegas contribuíram mais no avanço do projeto de "equal citizenship" do que qualquer outra Corte Estadual ou Federal fez antes ou mesmo depois. Assim também na área do processo criminal e em relação ao papel e as funções das Cortes federais, seus esforços na área da proteção dos direitos e liberdades civis não foram nada longe de revolucionárias. Tanto na área da liberdade de expressão, igualdade de proteção ou devido processo substancial, o Chief Justice Warren e seus colegas redefiniram de forma radical a relação do Estado com seus cidadãos. (tradução nossa).

⁵⁷ POWE JR., Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. preface XIV.

*state restriction on individual rights, the Court again became extremely prominent and central to the nation's life. This was the only time in our nation's history when the Court has taken a noticeably pro-civil liberties stance.*⁵⁸

Uma das críticas mais duras ao legado da Corte está na circunstância de que muitas decisões foram alcançadas sem o devido desenvolvimento de uma Teoria Constitucional ou Interpretação Constitucional convincente, que desse suporte às mudanças que a Corte buscava implementar. A Corte abertamente entendia que os fins justificavam os meios. Ou seja, *result-oriented*, o que demonstra a importância da devida justificação e fundamentação da decisão como forma de convencimento da comunidade.

More often than not, if the end was sufficiently important, the means used to get there did not terribly concern the Warren Court. Arguably, this ends-justify-the-means approach overshadowed – and ultimately betrayed- the Warren Court's institutional obligations to act as a legal and judicial institution. [...] Nevertheless, one cannot look back without experiencing a certain sense of disappointment at the means sometimes used to accomplish laudable ends. Chief Justice Warren and his Court often placed results above process – a decision that might have seemed necessary (if not prudent) at the time, but in the hindsight of history, a decision that has proven quite detrimental to the long term impact of the Warren Court's precedents.⁵⁹

E a crítica se mostra verdadeira, quando se verifica que o Direito criado pelo muitos precedentes estabelecidos na época da *Warren Court* vem sendo alterado pelas Cortes posteriores, com formação ideológica mais conservadora, apesar de não diretamente

⁵⁸ WASBY, Stephen L. **The Supreme Court in the Federal Judicial System**. Illinois: Southern Illinois University at Carbondale: Holt, Rinehart and Winston, 1978. p. 6. Por meio de seu ativismo quanto aos direitos civis, na sua maioria com decisões que derrubaram restrições estaduais aos direitos individuais, a Corte se tornou proeminente e ganhou importância central no cotidiano da Nação. Esta foi a única época na história da Corte que ela tomou a clara defesa das liberdades individuais. (tradução nossa).

⁵⁹ KROTOSZYNSKI JR, Ronald. J. A Remembrance of things past? Reflections on the Warren Court and the Struggle for civil rights. **59 Washington and Lee Law Review** 1055, USA, p. 2, 2002. “Mais frequentemente do que não, se o fim era suficientemente importante, o meio utilizado para alcançá-lo não preocupava a Corte. Argumentativamente, essa prática de que os fins justificam os meios, sombreou e acabou por trair a obrigação institucional da Corte de agir como instituição legal e judicial. [...] Todavia, não é possível olhar para trás sem um certo desapontamento para com os meios as vezes utilizados ainda que para alcançar fins justificáveis. Chief Justice Warren e sua Corte muitas vezes colocaram o resultado acima do processo – uma decisão que parecia necessária (se não prudente) à época, mas sob o ponto de vista histórico, se mostrou prejudicial ao impacto dos precedentes da Corte em termos de sua aplicabilidade para as decisões futuras.” (tradução nossa).

overruled, mas, com cada vez menor poder vinculativo, exatamente pela falta de orientação e vinculação mais principiológica.⁶⁰

Um dos maiores defensores da Corte presidida pelo *Justice Warren* é Owen Fiss, merecendo registro a citação deste autor, ao justificar a atuação da Corte, às vezes nada tradicional ou mesmo não convincente, sob o ponto de vista das normas constitucionais, mas que, sob o ponto de vista histórico, soube atuar com coragem e no momento certo.

In the 1950's, America was not a pretty sight. Jim Crow reigned supreme. Blacks were systematically disenfranchised and excluded from juries. State fostered religious practices, like school prayers, were pervasive. Legislatures were grossly gerrymandered and malapportioned. McCarthyism stifled radical dissent, and the jurisdiction of the censor over matters considered obscene or libelous had no constitutional limits. The heavy hand of the law threatened those who publicly provided information and advice concerning contraceptives, thereby imperiling the most intimate of human relationships. The states virtually had a free hand in the administration of justice. Trials often proceeded without counsel or jury. Convictions were allowed to stand even though they turned on illegally seized evidence or on statements extracted from the accused under coercive circumstances. There were no rules limiting the imposition of the death penalty. These practices victimized the poor and disadvantage, as did the welfare system, which was administered in an arbitrary and oppressive manner. The capacity of the poor to participate in civic activities was also limited by the imposition of poll taxes, court filing fees, and the like. These were the challenges that the Warren Court took up and spoke to in a forceful manner.⁶¹

Salienta Fiss, que esse foi o cenário que a Corte Warren enfrentou e buscou modificar, ou seja, as próprias Cortes mantinham práticas em verdadeiro desrespeito aos

⁶⁰ KROTOSZYNSKI JR, Ronald. J. A Remembrance of things past? Reflections on the Warren Court and the Struggle for civil rights. **59 Washington and Lee Law Review** 1055, USA, p. 4, 2002. “During the Burger Court and continuing into the Rehnquist Court, the Justices have limited the scope of the Warren Court’s state action precedents. In a series of cases beginning in mid-1970s and continuing into the 1980s, the Supreme Court restricted the scope of the state action doctrine considerably. In cases after case, the Justices declined to find state action present. Although never flatly overruled, the warren Court precedents appeared to hold significantly diminished binding power.”

⁶¹ FISS, Owen. A life lived twice, **100 Yale Law Journal** 1117, USA, p. 2, 1991. Nos anos 50, a visão da América não era agradável. Jim Crow reinava supremo. Os Negros eram sistematicamente privados dos direitos civis e excluídos dos juris. Os Estados incentivavam práticas religiosas como a pregação religiosa nas escolas. McCartismo provocava divisões radicais e a censura jurisdicional sobre questões como obscenas ou libedinosas não encontrava limites constitucionais. A mão pesada do direito ameaçava aqueles que publicamente prestavam informações sobre contraceptivos, desta forma pondo em perigo as dimensões mais íntimas das relações humanas. Júris seguidamente prosseguiram ser defesa ou sem júri. Condenações eram impostas mesmo que alcançadas com a obtenção de provas ilícitas ou com depoimentos obtidos de forma coercitiva. Não havia regras que limitassem a imposição da pena de morte. Essas regras vitimavam os pobres e em desvantagem e, de igual forma no Welfare system, que era administrado de forma arbitrária e opressiva. A possibilidade dos pobres participarem nas atividades civis, também, eram limitadas pela exigência de um conjunto de impostos, com imposição de taxas judiciárias, entre outras desta natureza. Estes foram os desafios que a Warren Court enfrentou e se posicionou veementemente de forma contrária. (tradução nossa).

direitos individuais, impossibilitando que os indivíduos mais vulneráveis obtivessem a justa defesa de seus direitos. Este cenário resultou numa reforma constitucional engendrada pela Corte, e também um novo elenco de direitos pelas Cortes estaduais.

The result was a program of constitutional reform almost revolutionary in its aspiration and, now and then, in its achievements. Of course the Court did not act in a political or social vacuum. It drew on broad-based social formations like the civil rights and welfare rights movements. At critical junctures, the Court looked to the executive and legislative branches for support. [...] Yet the truth of the matter is that it was the Warren Court that spurred the great changes to follow, and inspired and protected those who sought to implement them.⁶²

Importante ressaltar que todas essas diferentes Eras da Corte, no desenvolvimento de seus trabalhos, não se deram isoladamente, como ressaltou Fiss. Ao contrário, acompanharam as modificações sociais que se impunham. A Suprema Corte é peça fundamental no cenário político da Nação e tende a cooperar com as forças dominantes do seu tempo.⁶³

Thus the Warren Court, like the Roosevelt Court, worked hand in hand with the Democratic administrators of the time. Far from being countermajoritarian institutions, the New Deal Court and the Warren Court facilitated the goals of the then existing national political coalition. The New Deal Court did this primarily by reading federal power very broadly and dismissing contrary claims of state regulatory authority. The Warren Court brought regional majorities in the South into line with the nationally dominant liberal political majority. Hence, much of the work of the Warren Court involved striking down state laws that hindered liberal goals while upholding national civil rights and other liberal legislation.⁶⁴

⁶² FISS, Owen. A life lived twice. **100 Yale Law Journal** 1117, USA, p. 2, 1991. O resultado da atuação da Corte foi uma reforma constitucional revolucionária em sua aspiração e em seus alcances. Por certo que a Corte não agiu num vácuo político ou social. Ela se desenvolveu com base nos movimentos sociais que se estabeleceram. Nas conjunturas críticas a Corte olhou para o Executivo e o Legislativo buscando apoio. [...] Ainda assim, a verdade é que a Corte provocou as mudanças que se seguiram e que inspirou e protegeu aqueles que as buscaram implementar. (tradução nossa).

⁶³ LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M., The processes of constitutional change: From partisan entrenchment to the national surveillance state. **Fordham Law Review**, USA, p. 3-4, Nov. 2006.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 4 “Assim, tanto a Warren Court quanto a Roosevelt Court, trabalharam de forma conjunta com a administração democrática que estava à época no poder. Longe de serem instituições contra-majoritárias, as Cortes New Deal e a Warren facilitaram a implementação dos programas ou objetivos da coalizão política nacional então existente. A New Deal Court atuou neste sentido ao fazer uma leitura bem ampla dos poderes do governo federal e recusando ou rejeitando ações que buscavam maior autoridade estadual. Já a Warren Court trouxe maiorias regionais do Sul do país para apoiar as posições de maiorias políticas liberais nacionais. Portanto, muito do trabalho da Corte Warren foi derrubar leis estaduais e sustentar a constitucionalidade de leis federais sobre direitos civis.” (tradução nossa).

As decisões judiciais são resultados dos movimentos da sociedade e tendem a regular práticas já muitas vezes consolidadas. Tanto é assim que, não raro, os próprios Poderes Legislativo e Executivo preferem deixar ao Judiciário a regulação de determinado direito evitando um desgaste com a população ou contrariando determinados interesses. Por isso é possível afirmar que a Corte Suprema, na maior parte do tempo, está ideologicamente alinhada com a posição do poder político dominante.

Ademais, é importante considerar que as mudanças ocorridas nos posicionamentos da Corte, de liberal para conservadora, ou vice-versa, de *activist to self-restraint*, não são acidentais e resultam, em grande parte, pelas mudanças na sua composição, em razão dos novos juízes que a ela chegam, escolhidos pelos Presidentes que ascendem ao Poder, e são também influenciadas pelos *cases* que aportam à Corte, muitas vezes, movidos por forças externas a ela.

Todas essas atuações, distintas em posições ideológicas, acompanhadas por uma concepção de Constituição estrutural, resultaram no desenvolvimento de Teorias de Interpretação Constitucional e *standards* (testes) aplicáveis aos julgamentos que formam a variada justificação decisional, bem como evidenciam o acentuado poder de discricionariedade da Suprema Corte também quanto à escolha dos *Writs*.

2.2 A Suprema Corte e a Interpretação Constitucional de uma *Structural Constitution*

A Suprema Corte vem, desde a sua formação, alterando, sensivelmente, o seu poder discricionário na escolha de quais recursos irá revisar. E acompanhando essa mudança, a Corte foi desenvolvendo vários *standards* (testes) aplicáveis aos *cases*, por ocasião de seus julgamentos, bem como, desenvolvendo várias teorias de interpretação da Constituição, de sorte que, hoje, toda a construção doutrinária e a atuação desta está consolidada em decisões emanadas da própria Corte.

O Poder Judiciário, ciente da necessidade de manter a certeza e a segurança jurídica mediante a vinculação ao precedente, imbuído da noção de uma Constituição estrutural, da mesma forma com que a Corte desenvolveu as teorias de Interpretação Constitucional, também desenvolveu todo um sistema de acesso a ela. No início, a Suprema Corte serviu

como Tribunal de Apelação das decisões de primeiro grau do Sistema Federal de Cortes. Somente mais tarde, quando criadas as *Circuit Courts*, ou Cortes de Apelação Federais, é que a sua competência se alterou significativamente.

Entretanto, a independência das Cortes ainda permaneceu forte no sistema, principalmente, das Cortes Estaduais, que na defesa da aplicação do Direito Estadual, sempre foram reticentes aos precedentes criados no resto da comunidade, muito pela própria noção de constituição estrutural adotada no sistema. Por isso, hoje o debate sobre a existência ou não de direitos positivos nas Constituições Estaduais e na Constituição Federal gera amplo debate doutrinário e divergência nas próprias Cortes pela doutrina desenvolvida nos precedentes da Corte Suprema.

2.2.1 A Discricionariedade da Suprema Corte na escolha dos *Writs*

Em termos gerais, existem cinco caminhos para se chegar à Suprema Corte, ainda que, via de regra, somente três sejam os que realmente contam, ou seja, competência originária, recursos de apelação e o *writ of certiorari*. Destes, o que mais importa examinar é o caminho feito pelos *writs* à Suprema Corte, os chamados *writ by certification*, *writ of appeal and certiorari*.⁶⁵

O *writ*, preliminarmente, consiste em um comando emitido pela Suprema Corte Americana para a Corte Suprema do Estado, a chamada de última instância dentro do Estado, ou, ainda, para uma Corte de Apelação Federal, determinando que envie o processo para a mesma⁶⁶.

Entre os *writs* em comento, o instrumento mais utilizado é o *writ of certiorari*. A concessão do *writ of certiorari* está no mais absoluto poder discricionário da Corte e não há recurso contra a decisão que o indefere. “O *writ* é decidido em julgamento por duas espécies de exame: *per curiam* ou *on the merits*. São fundamentos para o *certiorari*: a) as razões

⁶⁵ ABRAHAM, Henry J. **The judiciary, the Supreme Court in the governmental process**. 10th ed. New York: University Press, 1996. p. 26.

⁶⁶ É importante não confundir esse “*writ*” com o que no nosso sistema entenderíamos por “avocatória”. O *writ of certiorari* é distinto como explicaremos no curso desta investigação.

importantes ou especiais (assim consideradas pelos *Justices*); b) os conflitos entre as Cortes Federais e Estaduais (em matéria de competência) e, c) as próprias decisões da Supreme Court”.⁶⁷

O artigo 10 da *Rules of the U.S. Supreme Court* assim prescreve:⁶⁸

Part III. Jurisdiction on Writ of Certiorari” Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari. Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicates the character of the reasons the Court considers: a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States Court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision by a State court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.

Veja-se o quão discricionário é o poder da Corte em não admitir o recurso como referido na parte final do artigo; o fato de uma decisão inferior estar errada ou equivocada não é motivo para a concessão do *certiorari*.⁶⁹ A Corte Suprema raramente se envolve em questões de direito material estadual, é claro, desde que não violem a Constituição Federal.

⁶⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 92.

⁶⁸ RULES of the U.S. Supreme Court. p. 9 e 10. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/rulesofthecourt.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2007. Parte III. Jurisdição para o recurso de certiorari. Artigo 10. Considerações que governam a revisão em certiorari. A revisão em recurso de certiorari não é direito adquirido mas sim, medida de discricionabilidade judicial. O exame de um recurso em certiorari será concedido somente se houver razões que suficientemente justifiquem a admissão do recurso., As razões seguintes, ainda que não absolutamente controladoras ou que demonstrem a completa discricionabilidade da Corte, indicam o caráter das considerações da Corte: Que uma Corte de apelação federal tenha proferido decisão que esteja em conflito com decisão proferida por outra Corte de Apelação Federal sobre a mesma matéria; que tenha decidido importante questão federal que esteja em conflito com uma decisão proferida por uma Corte Estadual de última instância; ou se afastou de tal forma do curso dos procedimentos normais e aceitos ou sancionado tal desvio de uma Corte inferior que a interferência desta Corte se mostre um exercício exigido pelo poder de supervisão; uma Corte estadual de última instância tenha decidido uma questão federal que esteja em conflito com decisão de outra corte estadual de última instância; uma Corte estadual ou uma Corte federal de apelação tenha decidido uma questão importante de direito federal, que ainda não foi, mas deva ser definido por esta Corte ou tenha decidido uma questão federal importante que esteja em conflito com decisões desta Corte. A admissão do recurso de certiorari raramente é concedida quando o suposto erro consiste em apreciação errônea dos fatos ou interpretação equivocada ou não apropriada de uma regra de direito estadual. (tradução nossa).

⁶⁹ The Supreme Court is not, and never has been, primarily concerned with the correction of errors in lower court decisions. In almost all cases within the Court’s appellate jurisdiction, the petitioner has already received one appellate review of his case. The debates in the Constitutional Convention make clear that the purpose of the establishment of one supreme national tribunal was, in the words of John Rutledge of South Carolina, ‘to secure the national rights and uniformity of judgments.’ The function of the Supreme Court is, therefore, to resolve conflicts of opinion on federal questions that have arisen among lower courts, to pass upon questions that have import under the Constitution, laws, and treaties of the United States, and to exercise supervisory power over lower federal courts.” PERRY JR., H.W. **Deciding to decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. USA: Harvard University Press, 1994. p. 36.

Essa política de não-interferência no direito estadual é resultado da acentuada noção de respeito ao federalismo praticado em todos os níveis e poderes governamentais.

Da leitura do artigo 10 da regulamentação acima citada, não é possível extrair qualquer afirmação de que os *Justices* possam desenvolver suas próprias agendas políticas ou inclinações ideológicas. Ao contrário, a norma parece enfatizar que o critério de escolha deve ser legal, ou ter critério jurídico como fundamental, tais como *certainty and consistency*, ressaltados pela escolha de *cases* que tenham importantes questões legais, conflitos doutrinários entre as Cortes inferiores ou em relação à doutrina da própria Suprema Corte e, por último, os *cases* em que, ao menor exame, demonstram fugir radicalmente dos procedimentos normais e aceitos pelas regras processuais.

Considerando a importância que o nosso sistema reconhece ao recurso de apelação, devemos referir que o mesmo se dá diversamente no sistema americano. Como já referido, o *writ of certiorari* é o responsável pelo maior número de processos revisados pela Corte. Já o “appeal” tem pequeno alcance, utilização e exame, seguindo regras bem específicas para o seu conhecimento e revisão, exigindo, inclusive, o prequestionamento, entre outros requisitos de admissibilidade presentes também para o *writ of certiorari*.⁷⁰

Quando a Corte examina os pedidos de *certiorari*, ora ela agirá de forma pragmática, examinando, por exemplo, se existe divergência muito grande entre os Circuitos, (divisão semelhante a nossa, por regiões, no sistema federal), de sorte a ser positiva a sua interferência no sentido de pacificar a divergência, ora de forma política, examinando somente processos que geram ou causam um grande clamor ou controvérsia pública.

Poderá, a Corte, se achar inclinada a examinar um recurso, se ficar evidente que será irresponsável de sua parte não examinar a controvérsia ou, quando a controvérsia for recente, mas exigir imediata intervenção, devido à sua repercussão, é dizer, os chamados *hot cases*; ainda, se houver uma considerável apreciação da matéria por Cortes de outros circuitos, onde o conflito já se estabeleceu entre eles e haja indicação de que seja o *case* e o momento adequado para o exame, talvez ela o venha a admitir.

⁷⁰ FARNSWORTH, Allan E. **An introduction to the legal system of the United States**. 3rd ed. New York: Oceana Publications, 1996. p. 43.

Também o clamor público é indicativo para a Corte apreciar um recurso, pela existência de forte pressão de grupos organizados, com posições diversas, provocando instabilidade na sociedade. Exemplos típicos de tais situações envolveram as decisões sobre a legalização do aborto, a proibição da segregação racial nas escolas e em outros estabelecimentos públicos, o ensino religioso nas escolas, os direitos civis, para ficar em poucos casos.

O processo de escolha, ou a discricionariedade da Corte na escolha dos *writs* que irá examinar, é tão grande que é difícil gerar um conceito ou um modelo de escolha pré-definido, como acima salientamos com a *rule 10*. Tanto é que essa postura chegou a gerar a seguinte afirmação, em entrevista concedida ao autor H.W. Perry Jr, da conversa havida entre um assessor e o seu respectivo *Justice*:

Justice: It is really hard to know what makes up this broth of the cert. process.
 Assessor: You know when you are riding home on the subway in New York and you want to pick up a magazine, there are hundreds that are all about the same. You pick the one that has something that stands out and grabs your attention. That's kind of how you pick a case for review. Assessor: How does a case get chosen? Serendipity.⁷¹

Como o próprio autor da obra em que consta a passagem acima, Perry Jr., afirma, qualquer cientista social seria cético perante tais afirmações, de que o processo de seleção dos recursos seja tão misterioso ou de que os *Justices* da Suprema Corte utilizem tal nível de abstração na escolha dos *writs*. Mas todos concordam que é difícil generalizar ou criar um modelo de seleção ou escolha que seja praticado pela Corte.

Existem várias possíveis respostas ao *writ of certiorari*; porém as mais óbvias e comuns são: *certiorari granted or denied*. Quando o *writ of certiorari* é concedido, ele será relatado, amplamente discutido, com sustentação oral e decisão final, com exposição escrita dos votos em toda extensão.

⁷¹ PERRY JR., H.W. **Deciding to decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. USA: Harvard University Press, 1994, p. 1 É realmente difícil de saber o que é ou o que define esse processo de certiorari. Você sabe quando você está no metrô em New York, e você quer pegar uma revista para ler, mas existem centenas que são sobre o mesmo tema. Você pega aquela revista que tem alguma coisa que salta aos olhos e que lhe chama atenção. Esta é a forma como você escolhe um *case* para revisão. Como um *case* acaba sendo escolhido? Serendipity. (tradução nossa).

Depois de examinado pelos assessores se estão presentes e preenchidos os requisitos de admissibilidade formais, tais como a presença de questão federal, a própria capacidade da parte, a competência para conhecer da matéria,⁷² estes redigem um memorando enfatizando detalhes tais como: se o recurso é de apelação ou *certiorari*; se é tempestivo o recurso; quem são os juízes prolatores da decisão de segundo grau; quem é o relator da decisão; de quem é o eventual voto divergente; o resumo dos fatos que envolvem o *case*, a controvérsia, o resumo da decisão e, finalmente, redigir uma análise breve, com recomendação de conhecer ou não o recurso. Após, o *writ* é encaminhado ao *Justice*.

A Corte possui um sistema de *pool chambers*,⁷³ do qual participam alguns *Justices*, para agilizar a análise dos *writs* e simplificar o trabalho, evitando que todos os nove gabinetes dos *Justices* examinem todos os pedidos. Nem todos os *justices* aderiram ao sistema de *pool chambers*. Atualmente, seis gabinetes usam esse sistema, ao passo que três permanecem verificando todos os recursos. Depois de lidos os memorandos, o *Chief Justice* prepara uma lista dos *cases* (*discuss list*) que ele acredita sejam interessantes de ser discutidos na *Conference* que acontece nas sextas-feiras. Essa *discuss list* circula entre os demais gabinetes para que os outros *Justices* nela incluam os *cases* que eles, de seu exame, consideram interessantes de ser apreciados.

Todos os *cases* que restarem fora da *discuss list* receberão, automaticamente, a resposta de *certiorari denied*. Daí, já ser possível verificar a importância do papel dos assessores na elaboração dos memorandos e o quanto existe de discricionariedade no procedimento. Sim, pois, via de regra, cada assessor segue a linha de argumentação e posição jurídica e ideológica de seu *Justice*, o que faz com que alguns *cases* entrem na lista de discussão pela preferência de um *Justice* e não pela do outro.

⁷² In addition to constitutional constraints on the Court's jurisdiction, the Court has created rules of self-restraint, including the doctrine of advisory opinions, ripeness, standing and mootness. Both the constitutional limitation of case or controversy and the judicially created doctrines comport with the Court's duty to avoid constitutional questions unless necessary. KRIMBEL, Rosemanry. Rehearing sua sponte in the U.S. Supreme Court: a procedure for judicial policymaking. **65 Chicago-Kent Law Review** 919, USA, p. 8, 1989.

⁷³ Por esse sistema, um número variável de *writs* são distribuídos entre os assessores dos gabinetes e, depois que o assessor redigiu o memorando, ele é enviado ao gabinete do presidente; cópia desse memorando é distribuída a todos os demais gabinetes do pool. Nesses gabinetes, um assessor revisa o memorando e faz a sua recomendação ao seu *Justice*, concordando com a recomendação do assessor que examinou o pedido ou discordando e fazendo acompanhar ao seu *Justice* todos os documentos necessários. Na maioria dos casos, o *Justice* lê somente o memorando elaborado pelo seu assessor e, eventualmente, lê também o próprio pedido de *certiorari*. (tradução nossa). PERRY JR., H.W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. USA: Harvard University Press, 1994. p. 42.

No dia de conferência, os *Justices* discutem os *cases* que foram incluídos na *discuss list*. A essa altura, os *Justices* já têm uma idéia bem clara de como eles irão votar (conceder ou negar o exame) e têm com eles os memorandos com as posições adotadas para cada *case*. O *Chief Justice* inicia a discussão sobre o *case* e, depois, os demais *Justices*, em ordem de antiguidade, cada um profere o seu voto. Se o *case* recebe quatro votos, é-lhe concedido o *certiorari*, o que significa que lhe examinarão o mérito.

Eventualmente, um *case* pode ser *re-listed*, ou seja, entrar novamente em lista de discussão, e isso acontece até com frequência, quando, por exemplo, os *Justices* entendem que o *case* deve ser apresentado ao *Solicitor General*⁷⁴ para ele emitir um parecer e, então, posteriormente, o *case* é novamente discutido no sentido de decidir se a ele será, ou não, concedido o exame do *writ*⁷⁵. Quando o *certiorari* é negado, ainda assim, pode um *Justice* decidir por tornar público sua decisão divergente e redigir seu voto de dissenso, o que acaba se tornando um instrumento de influência externa que advogados podem usar em futuros recursos no sentido de tornar outros *writs* viáveis de exame.

Da descrição que Perry Jr. faz sobre o que acontece no *conference room*, é possível extrair que pouco acontece de diferente na votação. Os *Justices* normalmente já vêm com a sua decisão tomada sobre os *cases* que constam na lista e, assim, votam pela concessão ou não do *writ* para que este possa, posteriormente, ser ouvido e discutido em toda a sua extensão.⁷⁶

Existem casos que, via de regra, são admitidos. Esses são poucos, mas um exemplo típico de exame pela Corte são os casos de *capital punishment*, ou seja, *writs* que envolvam a pena de morte. Todos que envolvem essa matéria são discutidos nas sessões das sextas-feiras ou, como dito acima, entram no *discuss list*.⁷⁷ Os *Justices* Brennan e Marshal, que sempre se

⁷⁴ Solicitor General or SG as he is commonly called. He is the person who represents the United States in the Supreme Court. Until recently, the SG always filed a brief in opposition when a ruling was being appealed against the United States, but that is no longer so. The Court, then, may ask him for a response. Usually, however, calling for the views of the SG refers to a situation where the United States is not a party to the case, but where the case has a potentially significant impact upon the government. Here the SG is asked to file an amicus brief on cert. PERRY JR., H.W. **Deciding to decide:** agenda setting in the United States Supreme Court. USA: Harvard University Press, 1994. p. 49.

⁷⁵ Ibid., p. 43-44.

⁷⁶ Ibid., p.48.

⁷⁷ I think it is common knowledge that all capital cases are discussed in conference. They were specially marked when we sent things into the justice. Even if justices thought they were frivolous, they were at least discussed in conference. PERRY JR., H.W. **Deciding to decide:** agenda setting in the United States Supreme Court. USA: Harvard University Press, 1994. p. 92.

posicionaram contrários à pena capital, por entendê-la inconstitucional, sempre acompanharam o entendimento de que tais casos sempre merecem revisão.

Os *cases* que costumam entrar na *discuss list* são aqueles em que existe a intervenção do *Solicitor General*. Quando o pedido de revisão vem do *Solicitor General*, é porque existe a crença de que esse *case* já foi revisado pelo mesmo e não deve ser frívolo; portanto, deve integrar a *discuss list*, pois ele representa a União e, como tal, lhe é dado grande deferência.⁷⁸

O fato de vir acompanhado de memorandos dos *Amicus Curiae*⁷⁹ também influencia na inclusão de um *case* na *discuss list*, demonstrando que há hipóteses em que se evidenciam interesses para além do das próprias partes. A inclusão também ponderará outras questões tais como: se é o governo federal que postula o exame; se existe um conflito explícito entre os Circuitos e isso foi demonstrado pelos observadores da Corte.⁸⁰

Há que referir que, na atualidade, como forma de participação de terceiros nos *writs*, é muito utilizado o instrumento chamado *amicus briefs*. Pesquisas realizadas demonstram que a presença de petições formuladas por *amicus curiae* aumenta consideravelmente as chances do *writ* ser concedido, como aumenta a chance de seu sucesso.⁸¹

Tal fato se deve não somente porque os *amicus briefs* sinalizam o número de grupos sociais possivelmente afetados com a decisão, como, igualmente, auxiliam as partes litigantes com dados e argumentos sociais, políticos ou científicos, bem assim no esclarecimento aos

⁷⁸ Segundo PERRY JR., o índice de aceitação de exame dos writs que tem a participação do Solicitor General chega a 90%.

⁷⁹ Significa literalmente, “amigo da Corte”. Means, literally, friend of the Court. A person with strong interest in or views on the subject matter of an action, but not a party to the action, may petition the court for permission to file a brief, ostensibly on behalf of a party but actually to suggest a rationale consistent with its own view. BLACK, Henry Campbell. **Black’s law dictionary**. 6th ed. USA: West publishing, 1998. p. 54.

⁸⁰ It has been proven repeatedly that when the federal government seeks review, the chances are very good that the case will be taken. Likewise, an association between conflict in the circuits and review has been both demonstrated empirically and reported by court observers. Scholars have described the importance of amicus briefs at the cert.stage. PERRY JR. op cit., p. 120.

⁸¹ Past research on the impact of amicus briefs in the Supreme Court has indicated that the presence of amicus briefs increases the likelihood of a grant of certiorari (CALDEIRA; WRIGHT, 1988; PERRY, 1994) and influences litigant success on the merits (KEARNEY; MERRILL, 2000; McGUIRE, 1990, 1995; PURO, 1971; compare with SONGER ; SHEENHAN, 1993). COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: examining the influence of amicus curiae participation in U.S. Supreme Court litigation. **38 Law & Society Review** 807, USA, p. 1, Dec., 2004.

Justices acerca de questões às vezes extremamente técnicas que exigem amplo conhecimento para formação do convencimento.⁸²

Existem, ainda, aqueles *cases* que claramente não serão examinados os *clear denies cases*. Tipicamente, não são examinados *writs* que envolvam *effectiveness of counsel; tax cases, patent case; bad facts or bad vehicle*, porque a Corte não entende adequado ou relevante examinar tais casos. Também não serão, via de regra, examinados *writs* que envolvam questão federal em abstrato, significa dizer, sem que tenha havido anterior manifestação dos Circuitos em um case específico. Esse entendimento decorre do fato de que a Corte não examina o direito de forma abstrata ou em tese, em controle concentrado como outras Cortes Constitucionais do sistema da Civil Law. A Corte irá se envolver caso exista real conflito no posicionamento das Cortes inferiores quanto à interpretação de determinada matéria.

Em matéria como a de *Tax cases*, os *Justices* entendem existir Cortes específicas para exame desses temas; compreendendo, também, a complexidade excepcional do mesmo, a Suprema Corte escolhe não se manifestar. *There are special tax courts in the United States, and tax cases are usually extraordinarily complex. Several Justices have come to believe that tax cases generally are not worth the Court's time or effort, and that it is better to leave the questions to the specialized tax courts*⁸³

Ademais, é importante referir que a escolha dos *cases* também corresponde ao requisito de certeza e segurança jurídica. A Corte não gosta e procura não mudar um precedente seu, *overrule* decisão anterior sua, o que contribui para a segurança jurídica das partes e crédito e respeito à própria Corte.

The Court is aware that when they try to rule on a given issue, it will be pretty final, and they can't come back five years later and reverse very easily. So as a result, this

⁸² COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: examining the influence of amicus curiae participation in U.S. Supreme Court litigation. **38 Law & Society Review** 807, USA, p. 2, Dec., 2004. An alternative explanation for the influence of amicus briefs, information theory, holds that amicus briefs are effective not because they act as a barometer of public sentiment, but instead because they supply the justices with information that serves to supplement the arguments in the briefs of the parties. [...]. In addition Epstein and Knight (1999) find that amicus briefs offer the justices legal, social scientific and political information, information found only within the covers of those briefs. p. 5.

⁸³ PERRY JR., H.W. **Deciding to decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Harvard University Press, USA, 1994. p. 229. Existem Cortes de competência específica de matéria tributária nos EUA, e esses cases costumam ser extremamente complexos. Vários Justices acreditam que essa matéria não merece a atenção e o tempo da Corte, e que é melhor que tais questões sejam decididas pelas Cortes especializadas.

should percolate even more and get law reviews articles written and more lower court opinions before they have to make a final decision. On the other hand, if the issue is one that is really making a mess of the federal court system, and people are getting very different results depending on which court they go, then even though the justices might want to see law review articles and court decisions, they really have to balance between letting the problem go unsolved and allowing it to percolate, versus needing to settle it.⁸⁴

De maneira geral, somando ao que já foi asseverado, várias situações podem influenciar para um *writ* ser concedido ou negado e, entre essas variáveis, citamos novamente o conflito entre os Circuitos; a importância da matéria controvertida, o que é absolutamente subjetivo e, nesse rol, encontramos casos como *U.S. v. Nixon*, ou, ainda, *Brown v. Board of education*, *Roe v. Wade*, o famoso *Bowers v. Hardwick* em que se discutia a constitucionalidade da lei que proibia a sodomia; *cases* de grande importância à sociedade ou considerados *hot cases*.

Sem contar com a pressão pública sobre determinada questão, como refere Perry Jr. ao relatar a opinião de um *Justice*: “sometimes the people just demand that the Supreme Court resolve an issue whether we really ought to or not”⁸⁵. Ainda, existem matérias que são de preferência de alguns *Justices*, e não de outros, o que também interfere na escolha, como já referido.

Of course, one need not to interview at the Court to know what some of the particular interest of some Justices are. Everyone knows Marshall is and Brennan was especially concerned with capital cases; Blackmun worries about abortion; Powell was particularly attentive to the problems of schools; Brennan had and Rehnquist has strong interest in certain Fourth Amendment issues. One thing I heard repeatedly was that all of the justices seemed to exhibit intense interest in First Amendment issues of all types.⁸⁶

⁸⁴ PERRY JR., H.W. **Deciding to decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Harvard University Press, USA, 1994. p. 231-232. A Corte é consciente de que se ela decidir determinada matéria, ela não poderá daqui a cinco anos voltar e modificar facilmente a sua decisão. Como resultado a matéria deve ser discutida e analisada em artigos jurídicos, revistas especializadas e ser objeto de exame em inúmeras decisões das Cortes inferiores, antes que a Corte dê sua posição final a respeito do tema. Entretanto, por outro lado, se a matéria estiver causando verdadeiro caos no sistema federal, e as pessoas estiverem obtendo decisões muito divergentes conforme a Corte que escolherem para decidir a matéria, então, a Suprema Corte verificará se não é caso de imediatamente definir a questão, em vez de aguardar maior tempo de maturação do tema no meio jurídico. (tradução nossa).

⁸⁵ *Ibid.*, p. 259.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 262. Por certo, não é necessário uma entrevista na Corte para saber quais são os interesses, em particular, de alguns Justices. Todos sabem que Marshall é, e que Brennan era, especialmente interessado em cases que tratam da pena capital. Blackmun se preocupa com as questões que envolvem o aborto; Powell se preocupa com questões que envolvem as escolas; Brennan tinha e Rehnquist têm interesse prioritário em questões que envolvem a quarta emenda. Ouvi repetidamente na Corte que todos os Justices têm interesse, em especial, em questões que envolvem a primeira emenda constitucional. (tradução nossa).

Do acima exposto, é possível compreender a transcrição que fizemos do diálogo entre um *Justice* e o seu Assessor, de que é absolutamente misterioso o processo de seleção dos *writs*, pois, segundo o próprio autor Perry, “*It only takes one thing to make a case uncertworthy. It takes a combination of things to make a case “certworthy”*”.⁸⁷

Esse processo de seleção não parece condizente com uma concepção de Estado de Direito; entretanto, assim também poderíamos discutir a própria idéia de “discricionariedade” das Cortes ou dos juízes em geral. A questão a definir é qual o papel que deve ter a Suprema Corte do país dentro do seu sistema legal. Esta pesquisadora, em particular, concorda com a discricionariedade na escolha dos *cases* pelas Cortes Supremas, entendendo que o papel destas como Cortes Constitucionais não é o de mais uma instância de revisão das decisões judiciais, mas, sim, de último intérprete da Constituição, e como tal, definindo o direito, dando previsibilidade ao sistema.

Kearney e Merrill sustentam que o sistema de escolha dos *writs* não está diretamente ligado às variáveis acima delineadas por Perry, mas, sim, aos diferentes modelos de adjudicação de cada *Justice*. Tais modelos de adjudicação influenciariam sobremaneira na escolha dos *writs* pela Suprema Corte. Segundo essa teoria, os *Justices* julgam diversamente *os cases*, podendo ora decidir seguindo um modelo ou outro. Os Modelos seriam o *Legal Model*, *Attitudinal Model*, e o *Interest Group Model*, senão vejamos:

O *Legal model* afirma que os juízes, e, neste caso, os *Justices*, escolhem os *writs* de acordo com a sua compreensão sobre a legislação vigente, o que inclui o próprio texto de lei ou da Constituição, a história legislativa, os precedentes e os possíveis resultados da decisão.⁸⁸

O *Attitudinal model* identifica a escolha e a forma de decidir, segundo as crenças políticas e ideológicas do julgador. Tais posições são mais liberais ou mais conservadoras, variando de gênero e grau de intensidade e, muitas vezes são rotuladas de forma bem específica como, contrários ao aborto, à pena de morte, contrários aos movimentos ou aos direitos sindicalistas e assim por diante. Os sociólogos, em questão acreditam que esse

⁸⁷ PERRY JR., H.W. **Deciding to decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. Harvard University Press, USA, 1994, p. 245.

⁸⁸ KEARNEY, Joseph D.; MERRIL, Thomas W. The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court. **148 University of Pennsylvania Law Review** 743, USA, p. 11, 2000.

modelo de adjudicação é o que melhor pode definir a forma como certos *cases* são decididos.⁸⁹

E, finalmente, o modelo de adjudicação definido como *Interest Group model*, como sendo aquele em que os *Justices* decidem de acordo com a vontade dos grupos organizados que possuem interesses na solução do case em questão, o que também é denominada *interest group theory of politics*, justificando o grande número de intervenções de grupos por meio dos *amicus curiae briefs*.⁹⁰

De concreto, o que a grande maioria dos estudos apontam é que a Corte ora se posiciona de forma mais ideológica, assumindo a *attitudinal model*, ora de forma mais legalista, havendo, de fato, uma alternância no modelo de adjudicação conforme o *case* controvertido.

Não querendo encerrar a questão do procedimento de escolha dos *writs* pela Suprema Corte sem abordar o critério utilizado para exame dos recursos de apelação, deve ser dito que, nesses casos, a Corte segue normas específicas na apreciação de pedidos de *appeals* e, via de regra, entram em consideração todos os enfoques também utilizados na escolha dos *writs*.

No caso de um *appeal*, a parte deve, no prazo especificado no regramento da Corte, interpor o pedido de apelação e nele fazer constar as razões de apelo, como em que bases a Jurisdição da Corte é invocada, tudo de forma concisa, sendo, posteriormente, a parte adversa ouvida, interpondo os chamados *motion to dismiss*.⁹¹ Todo o regramento está contido no *Rule 18 of the Supreme Court Rules*.⁹²

A Corte via de regra trata as apelações de três formas: “*it may note probable jurisdiction; it may postpone jurisdiction; or it may treat the appeal summarily.*” Quando a Corte pede *full briefing e oral argument* é porque ela vai examinar a apelação e decidir com a

⁸⁹ KEARNEY, Joseph D.; MERRIL, Thomas W. The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court. **148 University of Pennsylvania Law Review** 743, USA, p. 12, 2000.

⁹⁰ Ibid., p. 13.

⁹¹ Motions to dismiss an appeal from a state court are made on the ground that the appeal does not present a substantial federal question; or that the federal question sought to be reviewed was not timely or properly raised and was not expressly passed on; or that the judgement rests on an adequate nonfederal basis. PERRY JR., H.W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. USA: Harvard University Press, 1994. p. 30.

⁹² Deixa-se de transcrever a Rule 18 por ser extremamente extensa, podendo ser encontrada no próprio site da U.S Supreme Court. On Rules of U.S. Supreme Court.

written full opinion affirming or reversing the decision bellow; caso contrário, ela poderá, ainda assim, determinar *oral arguments* e decidir, depois de ouvi-los, se possui ou não Jurisdição.

E, finalmente, ela poderá *dismiss summarily*, quando ela simplesmente citará qual é o precedente que controla o *case*, ou seja, existe um precedente com força vinculativa sobre a questão levantada e esse precedente deve ser aplicado, não merecendo, a causa, o reexame da Corte. Ocasionalmente, ela emite uma breve decisão *per curiam*, expondo suas razões de decidir. Normalmente ela dirá: *appeal affirmed, dismissed or dismissed for want of a substantial federal question, without any further explanation*.⁹³

Segundo Perry Jr., não existe uma lista oficial que sirva de referência sobre quais os motivos que a Corte considera para apreciar ou não o recurso. Contudo, entre as razões mais encontradas nas decisões para não apreciar o recurso estão a ausência de uma questão federal ou uma questão não adequadamente posta, *mootness*;⁹⁴ a ausência de jurisdição e a conclusão de que a decisão do Tribunal inferior está adequadamente fundamentada.⁹⁵

Essa sistemática demonstra que a Suprema Corte, de fato, examina as apelações, mesmo quando ela *dismiss summarily*, pois, tecnicamente, ela examinou a petição e fez um julgamento de mérito; esse julgamento tem certo peso de precedente e, por isso, o autor antes referido nos relembra que, ainda que a Corte esteja totalmente livre para não conhecer o recurso, ela o examina, mesmo que sumariamente, o que faz com que ela tenha maiores dificuldades em “não examinar” uma apelação do que de um *writ*.

A Corte não emite pareceres e, de forma alguma, ela se manifesta em processos onde a controvérsia gira em torno de leis estaduais, porquanto a interpretação das leis estaduais é de competência das Cortes Supremas dos Estados (nos Estados que possuem Cortes Supremas em nível Superior às Cortes de Apelação) ou de Apelação dos Estados, a não ser que o conflito se estabeleça em confronto com a Constituição Federal.

⁹³ PERRY JR., H.W. **Deciding to decide**: agenda setting in the United States Supreme Court. USA: Harvard University Press, 1994. p. 31.

⁹⁴ Mootness: The principle that when the matter in dispute has already been resolved, there is no actual controversy that would be affected by a judicial decision, and federal courts will not exercise their jurisdiction over such matters. BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6th ed. USA: West publishing, 1998. p. 697.

⁹⁵ PERRY JR. op cit., p. 31.

Como intérprete da Constituição, a Suprema Corte desenvolve atividade de maior importância para a sociedade e, nesse sentido, a confiabilidade da sociedade na habilidade da Corte de emitir decisões justas e imparciais é tão fundamental quanto as próprias decisões serem acertadas. Como resultado desse enorme poder, é vital que a noção que a sociedade tenha da Corte e de suas decisões é que estas são legítimas.

Da investigação realizada, pode-se afirmar que os *policy goals* ou os objetivos que os *Justices* buscam alcançar com determinada decisão, na seleção dos *cases*, é bem presente, contudo, o impacto das considerações legais contidas nas decisões é critério, também, muito utilizado, pela própria noção que os *Justices* têm de sua função e do papel da Suprema Corte na sociedade. *In the most extensive statistical analyses of case selection, Gregory Caldeira and John Wright show that the Court's choices of cases are influenced not only by policy-related factors such as the ideological direction of the lower court decision but also – and quite powerfully – by the existence of doctrinal conflict between lower courts.*⁹⁶

Muitos expressam grande ceticismo em relação à forma com que a Suprema Corte demonstra escolher os *cases* para revisão, o que é possível compreender pelas razões já examinadas. Entretanto, de concreto, pode ser afirmado que a Corte, como qualquer outra instituição de poder, sofre influências internas e externas, e os *Justices*, como homens, são falíveis e ora decidirão seguindo princípios, teorias e normas estabelecidas, ainda que o façam com base em suas posições ideológicas pré-concebidas, ora o farão seguindo seus pré-conceitos, sem atenção ao conjunto de princípios ou mesmo precedentes estabelecidos, no sentido de desenvolver a agenda política que pretendem ver implementada na Nação.

Compreender se esse poder discricionário é positivo ou não para determinado sistema jurídico ou, se ele ofende o princípio democrático, exige o exame de vários componentes e a importância preponderante dada a cada um deles. É dizer, essa discricionariedade não pode ser examinada isoladamente, mas, sim, em conjunto com todos os demais conceitos jurídicos criados e desenvolvidos pela Suprema Corte, tais como o próprio poder da *Judicial Review*, a concepção do poder de criação do Direito pelo juiz, e dos juízes

⁹⁶ BAUM, Lawrence. Case selection and decisionmaking in the U.S. Supreme Court. **Law and Society Review**, USA, n. 27, p. 3, 1993. Numa das mais extensas análises de estatísticas de escolha de *cases* Gregory Caldeira e John Wright mostram que as escolhas da Corte dos *cases* não estão relacionados somente com escolhas ideologicamente conduzidas, mas, também, pelo conflito doutrinário existente entre as Cortes inferiores. (tradução nossa).

mesmos frente à sua função e a dos demais Poderes.

Posicionamos-nos favoravelmente à discricionariedade da Suprema Corte Americana na escolha dos *writs* e, nesse sentido, de todas as Cortes Constitucionais na eleição dos recursos a elas direcionados. Nessa postura, estejamos talvez, influenciados pela visão negativa que o excesso de recursos no nosso sistema provoca para a demora na solução do conflito. Não só por essa razão, mas, também, por acreditarmos que a Corte que se encontra no ápice da estrutura judiciária realmente deve ter essa discricionariedade e deve posicionar-se a respeito das questões legais de maior conflito na sociedade, de sorte a uniformizar a interpretação constitucional, propiciando maior previsibilidade, certeza e segurança jurídica ao sistema, ainda que isto implique, em termos, um déficit democrático.

Não nos referimos, neste tópico, à vinculação sumular que se impõe pela Corte Suprema brasileira, com o qual discordamos pela ausência de intermediação fática do caso concreto, como se o enunciado pudesse conter todas as possibilidades fáticas. Somos, sim, favoráveis à discricionariedade da Corte na escolha dos recursos extraordinários, de sorte a uniformizar o posicionamento de todo o Judiciário quanto à interpretação constitucional e que envolvam questões de repercussão geral para a Nação, conforme busca, atualmente, o nosso sistema.

Ainda que o sistema americano possa parecer complexo, com as várias teorias de interpretação constitucional, os vários *standards* de revisão, os modos de adjudicação ou ainda, a seleção dos *cases* pela Suprema Corte, parece-nos que tal sistema, por mais intrincado que seja, oferece razoável previsibilidade, certeza e segurança jurídica. Verifica-se que a posição da Corte, sempre reunida em *full bench*, diversamente da nossa Corte, que é dividida em Turmas, o respeito aos precedentes, com decisões adequadamente fundamentadas, com todos os argumentos exaustivamente explicitados, contribui para o respeito, para a legitimidade da Corte e para o seu reconhecimento como a intérprete última da Constituição.

Parece-nos, bem por isso, salutar que a nossa mais alta Corte, ante a possibilidade recém introduzida pela Emenda Constitucional 45, (Reforma do Judiciário) que lhe traz um maior grau de discricionariedade na escolha do exame dos Recursos Extraordinários, pela exigência da repercussão geral, repense a sua estrutura e a sua divisão por Turmas, pois tal

divisão em nada contribui na definição do que é o Direito quando, diferentes Turmas da mesma Corte, decidem, de forma distinta, questões jurídicas semelhantes e acabem criando incertezas e propiciando o desrespeito à própria decisão e à Instituição. De igual forma, deverá, nossa Corte, ter o devido cuidado com o manejo da edição de Súmulas vinculantes que, como já adiantamos, em nosso entendimento, não contribuem na realização da Justiça, o que será explicitado no subcapítulo atinente aos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição brasileira.

Ademais, ressalta-se que a participação ativa da sociedade, por meio dos *Amicus Curie*, auxiliando os *Justices* na formação do seu convencimento, é um excelente instrumento de comunicação com a Suprema Corte, levando a esta não somente opiniões técnicas, mas, igualmente, refletindo nessa prática os inúmeros anseios e receios da sociedade em relação ao tema e, dessa forma, aproximando a Justiça da sua população.

A maior presença do *Amicus Curie*, influenciando os *Justices* na escolha dos *writs*, é exemplo a ser seguido pelo nosso sistema, exatamente pela salutar troca de informação, muitas vezes de ordem técnica, servindo de grande auxílio aos Ministros na elucidação do tema e, também, como meio de aproximação da Corte com a realidade social que esse instrumento traz.

No subcapítulo seguinte trataremos, em linhas gerais, a concepção de *Structural Constitution* e os vários *standards* aplicáveis aos julgamentos dos *cases*. Posteriormente, examinaremos a interpretação constitucional, a postura *originalist versus living constitution interpretation*, a evolução desta interpretação constitucional e sua tendência atual.

2.2.2 A Constituição Estrutural e os vários *Standards* Aplicáveis ao Julgamento dos *Cases*

A Constituição americana é classicamente compreendida como uma Constituição “estrutural” de viés liberal. Sua conformação molda significativamente a atuação do Judiciário e cria embates político-ideológicos dentro da Corte Suprema, dividida entre os “Justices” que apóiam e se posicionam a favor de diferentes teorias da Constituição, em especial, os originalistas, adeptos de uma menor interferência da União sobre os Estados, e sobre a autonomia privada, e os adeptos de um *evolutionary approach*, ou seja, da *living*

constitutional theory, entendendo que a interpretação constitucional deve se moldar às mudanças e às demandas da sociedade, teorias que receberão maior detalhamento no subcapítulo concernente a interpretação constitucional.

Esta concepção de uma Constituição de direitos negativos, e não positivos, é bastante debatida pela doutrina constitucional americana devido à firme concepção de não interferência do governo na autonomia privada, privilegiando a liberdade do indivíduo.

Entretanto, importa investigar a compreensão da Constituição estrutural no que concerne aos direitos por ela garantidos, ou seja, a visão de que esta somente possui direitos negativos expressos, quais sejam, os direitos de primeira dimensão, entendidos como os direitos de liberdade. A doutrina constitucional debate a existência, ou não, de direitos positivos e a sua ramificação e aplicação pelas Cortes. Mas, será que tal distinção é importante na forma como as Cortes interpretam a Constituição, ou mais especificamente, será fundamental a presença expressa de direitos de segunda dimensão (ou prestacionais) na Constituição, para que estes possam ser implementados pelo Judiciário?

The prevailing view in our courts and, to some degree, in legal scholarship is that ‘the Constitution is a charter of negative rather than positive rights’. With this absolute statement, judges have dismissed any claim that citizens have any positive rights to government services; that is, any claim that the federal government has an affirmative duty to ensure that its citizens can actually enjoy their constitutional liberties. [...] Whether the negative rights view prevails in our political culture or in society at large is a different question, one largely independent of the Court’s reasoning.⁹⁷

Com a forte concepção na cultura jurídica de que a Constituição americana é uma Constituição que contempla somente direitos negativos, muitas demandas são julgadas improcedentes pelas Cortes, ou mesmo rejeitas, em especial, pelas Cortes Federais, com a afirmação de que estes direitos somente podem *refrain government to act*, não havendo o direito subjetivo do cidadão a direitos sociais, econômicos e culturais que, de regra, exigem ação estatal.

⁹⁷ MACNAUGHTON, Jenna. Positive rights in constitutional law: no need to graft, best not to prune. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Pennsylvania, p. 1, Apr., 2001. A visão predominante em nossas Cortes e, em grande medida, na doutrina é de que a Constituição Americana é uma Constituição de direitos negativos e não positivos. Com base nessa afirmação absoluta, muitos juízes negam a concretização de direitos que envolvam a prestação de serviços governamentais. Ou seja, qualquer ação no sentido de que o governo federal tenha a obrigação de prestar ou garantir aos seus cidadãos suas liberdades [...] Se essa visão sobre os direitos negativos prevalece na cultura jurídica e na sociedade em geral, é outra questão, que independe das razões da Corte. (tradução nossa).

Poderíamos, nessa esteira, questionar como, em face de uma Constituição conhecida como estrutural, de modelo clássico-liberal, ainda hoje, o meio jurídico questiona a existência de direitos positivos, direitos que obrigam o Estado a certa atuação. E a resposta oferecida por MacNaughton, quanto a esse debate, é de que as teorias constitucionais que reconhecem a existência de direitos positivos na Constituição americana são plausíveis e legítimas, tal como as que admitem somente a existência de direitos negativos.

O que se verifica no pensamento constitucional americano é que as teorias constitucionais dominantes admitem a existência de direitos positivos e reconhecem a existência de obrigações afirmativas, ainda que não expressas, detalhadamente. Tal existência se dá pela interpretação constitucional desenvolvida pelo Judiciário. E o exame de como essas teorias ou interpretações tratam os direitos afirmativos demonstra o quanto estes estão profundamente enraizados na cultura política e legal americana.⁹⁸

Conforme afirma Schwartz, não há dúvida de que as Cortes, hoje, decidem e atuam em diversas atividades relacionadas à implementação de direitos positivos. Entretanto, a crítica maior à constitucionalização de direitos positivos, que exijam a prestação de atividade estatal, e o seu reconhecimento como direitos expressos ou direitos hauridos da interpretação constitucional, está relacionada à possibilidade ou não do Judiciário interferir na utilização dos recursos fiscais já pré-destinados pelos demais Poderes.

The modern Court engages in a wide variety of affirmative activities, ranging from the supervision of school desegregation, prisons, and nursing homes, to the monitoring of corrupt Unions. Courts have always supervised the administration of estates, bankruptcies, and receiverships. **In all these cases, courts are doing much more than merely saying no- they are actually setting standards and in many cases requiring the expenditure of public money. It is this latter point – court-ordered expenditures of public money – that raises the problems to which the criticism of constitutionalizing rights is primarily addressed.**⁹⁹ (grifo nosso)

⁹⁸ MACNAUGHTON, Jenna. Positive rights in constitutional law: no need to graft, best not to prune. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Pennsylvania, USA, p. 2, Apr., 2001.

⁹⁹ SCHWARTZ, Herman. Do economic and social rights belong in a Constitution? **10 American University Journal of International Law and Policy 1233**, USA, p. 3, Summer 1995. As Cortes modernas atuam em variadas ações afirmativas, desde a supervisão de escolas para a dessegregação destas, supervisão de presídios, de lares para idosos, de sindicatos corruptos, etc. As Cortes sempre participaram da administração de casos como espólios, falências, concordatas etc. Em todos esses casos as Cortes fazem muito mais do que simplesmente dizer não – em vários exemplos eles determinam atividades e o uso de recursos financeiros públicos. E é em relação à este último - ordens das Cortes com gasto de dinheiro público – que levanta as críticas quanto à constitucionalização destes direitos. (tradução nossa).

O autor segue afirmando que, além das críticas quanto à interferência do Poder Judiciário no orçamento fiscal, as ordens judiciais aos demais Poderes para que estes implementem programas de atendimento à saúde, educação ou moradia geram conflitos sobre quais as prioridades que devam ser atendidas; as eleitas pelo Legislativo e pelo Executivo, ou o atendimento aos programas determinados pelo Judiciário?

Afirma, ainda, que tais questões geram conflitos de competência, de Separação de Poderes, entre outros. *“And suppose there is little or no money so that the programs cannot be established? Won’t there be disillusionment with democracy if such rights are not implemented? The legislature may, of course, refuse to follow the court’s direction. Will this not weaken a Court and indeed the rule of law itself, perhaps irreparably?”*¹⁰⁰

Cross afirma que a intervenção judicial no reconhecimento da existência de direitos positivos (de natureza prestacional) na Constituição pode, na realidade, ser prejudicial, e criar efeitos contraprodutivos ante a ineficiência do reconhecimento da existência destes na Constituição, segundo demonstram dados empíricos, ante as realidades políticas e econômicas enfrentadas na implementação das decisões.¹⁰¹

The notion of legal positive rights to government assistance has recurred throughout history and currently seems to be gaining popularity. Supporters urge that the U.S. Constitution explicitly recognizes a right to a minimally adequate material standard of living, a clean environmental or other conditions that require affirmative government action. The concept is appealing in some contexts, but reliance on positive constitutional rights is an ultimately misguided plan. The strongest claim that positive rights are an error does not rest upon moral philosophy but relies upon a pragmatic understanding of the operation of government, particularly the judicial system.¹⁰²

¹⁰⁰ SCHWARTZ, Herman. Do economic and social rights belong in a Constitution? **10 American University Journal of International Law and Policy** 1233, USA, p. 3, Summer 1995. E, supondo que não há recursos financeiros, ou poucos recursos que os programas não possam ser implementados. Não haverá uma desilusão com a Democracia se tais direitos não forem interpretados. O Legislativo poderá recusar-se a seguir as orientações da Corte. Não poderá isso enfraquecer a Corte e conseqüentemente, prejudicar, irremediavelmente, o Rule of Law?

¹⁰¹ CROSS, Frank B. The Error of positive Rights. **48 University of California Law Review** 857, USA, p. 1. Apr., 2001.

¹⁰² *Ibid.*, p. 2 A noção de direitos positivados à assistência governamental é recorrente na história e tem ganho atualmente popularidade. Muitos apóiam que a Constituição federal explicitamente reconhece a existência de um direito à mínimas condições de vida, a um meio-ambiente limpo, e outras condições que exigem ações afirmativas do Estado. Essa concepção é atraente em alguns contextos, mas apoiar-se nela pode ser inadequado. A afirmação mais contundente de que os direitos positivos são um erro não está fundando numa concepção mora-filosófica mas, sim, numa visão pragmática de como o governo funciona e, em especial, o sistema judiciário. (tradução nossa).

Tais posicionamentos são sérios e refletem o debate que se realiza quanto à admissão da existência de direitos positivos nas Constituições, e o alcance de sua efetividade, tendo em vista a possibilidade do reconhecimento destes como direitos subjetivos dos indivíduos, pelo Judiciário, interferir na competência dos demais Poderes, e na própria dificuldade de realização destes pelo Judiciário, debate que, igualmente, se dá no nosso sistema, embora, com nuances um pouco distintas, especialmente, pelo elenco de direitos sociais, econômicos e culturais já constantes em nossa Constituição.¹⁰³

Como Schwartz acaba por admitir, a presença de direitos como os sociais e econômicos na Constituição, mesmo que não *judicially enforceable*, não é um gesto sem sentido ou que possa ser visto como um ideal a ser atingido. Tal presença tem efetiva razão de ser e vincula os Poderes à sua realização, ainda que alguns lhe neguem a aplicabilidade imediata e controvertam a justiciabilidade.

Something that is considered a conditionally mandated legislative obligation is likely to have a lot more clout in the political debate over budgeting priorities than something that is completely discretionary with the legislature. The American health care debate might be very different if health care were considered a matter of constitutional right.¹⁰⁴

¹⁰³ CROSS, neste artigo, cita inúmeros autores e as variadas posições existentes na doutrina tanto em defesa da existência de direitos positivos na Constituição, e outras, contrárias a tal reconhecimento na nota 13 do artigo que ora transcrevemos: Stephen Holmes and Cass Sunstein suggest that an “interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it.” Holmes & Sunstein. This definition seems too broad. The government uses considerable collective resources to provide assistance to the poor, but one does not speak of the poor having a right to these resources, at least not a constitutional right. While correctly noting that rights are not the absolute trumps that they are sometimes portrayed to be, the authors note the difference between an “interest” and a “judicially enforceable right”. Rights, to truly be legal rights, must be judicially enforceable. See Michael Mandel. Against Constitutional Law (Populist or Otherwise) 34 U.Rich.L.Rev.443, 452 (2000) (referring to the main problem of social rights in other constitutions as their relegation to a status as “second-class”, completely unenforceable rights); Antonio Carlos Pereira-Menaut, Against Positive Rights, 22 Val. U.L.Rev. 359, 370 (1988) (arguing that “if a claim, reasonable though it may be, cannot be defined in a court of law... then it is not a real right). Susan Bandes, in her defense of recognition of positive rights, urges that they should be defended by the judiciary and not left entirely to legislative or executive action. Hershkoff’s article is a lengthy criticism of the reluctance of state court judges to enforce positive rights more vigorously. Peter Edelman argues that the failures of the legislative branch compel judicial involvement in enforcing positive rights. O autor segue em mais de uma página de citações de variados autores e posições favoráveis e desfavoráveis a presença dos direitos positivos nas constituições. CROSS, Frank B. The Error of positive Rights. 48 **University of California Law Review** 857, USA, p. 25, Apr., 2001.

¹⁰⁴ SCHWARTZ, Herman. Do economic and social rights belong in a Constitution? 10 **American University Journal of International Law and Policy** 1233, USA, p. 4, Summer 1995. Algo que é considerado uma imposição do mandato legislativo certamente sofrerá muito maior debate político em termos de questões orçamentárias do que algo que estiver ao poder discricionário do Legislativo. Todo o sistema americano de saúde seria muito diferente se ele fosse considerado um direito constitucional. (tradução nossa).

O que o autor faz ao admitir esta posição é que, efetivamente, a presença de direitos positivos ou prestacionais na Constituição cria uma vinculação normativa e determina uma ação afirmativa do Estado, vinculando o legislador à criação das políticas públicas constantes na Constituição, retirando a discricionariedade do legislador na alocação dos recursos fiscais e determinando desta forma prioridades a serem atendidas.

Todo um complexo sistema de previdência social, direitos econômicos e culturais, saúde, entre outros, foi implantado pelo Presidente Roosevelt no período conhecido por *New Deal*. Esses direitos, inicialmente, arduamente combatidos pela Suprema Corte, ante a interferência que tais ações representavam da União, na autonomia dos Estados federados, que ditam o direito material aplicável ao Estado, acabaram sendo incorporados pelas Constituições estaduais, ao passo que outros foram garantidos pelas Supremas Cortes Estaduais ou pela própria Suprema Corte nas décadas seguintes.¹⁰⁵

A diferença fundamental que a teoria constitucional americana experimenta nessa seara é que a maioria das Constituições estaduais possui direitos prestacionais e, inclusive, obrigam os Estados a determinadas ações afirmativas; mas, o que impacta negativamente é a visão construída pela interpretação da Constituição federal, em especial, a interpretação da Suprema Corte Americana, conforme salienta Hershkoff no artigo *Positive Rights and State Constitution: The Limits of Federal rationality review*, que vai confirmada pela visão the MacNaughton.

The negative rights view has corrupted the law's evolution in states and in federal constitution law. Even most states' constitutions explicitly require the government to fulfill some positive rights; the negative rights view imported from federal constitutional law has corrupted those states' jurisprudence.¹⁰⁶

Hershkoff faz séria crítica quanto à aplicação, pelas Cortes Estaduais, da doutrina criada pela Suprema Corte. Ela afirma que as ponderações e preocupações que orientam a

¹⁰⁵ HERSHKOFF, Helen. Positive rights and State Constitution: the limits of federal rationality review. **112 Harvard Law Review** 1131, USA, p. 2, Apr., 1999. (tradução nossa).

¹⁰⁶ MACNAUGHTON, Jenna. Positive rights in constitutional law: no need to graft, best not to prune. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Pennsylvania, p. 15, Apr., 2001. A visão a respeito dos direitos negativos corrompeu a evolução do direito constitucional estadual e federal. A maioria das Constituições estaduais exige explicitamente que os governos cumpram com direitos positivos. A interpretação federal sobre os direitos negativos é que influencia negativamente a jurisprudência dos Judiciários estaduais. (tradução nossa).

posição da Suprema Corte são distintas e não aplicáveis aos Estados. A Suprema Corte, ao firmar sua posição contrária à existência de direitos positivos na Constituição, está preocupada com questões como legitimidade democrática, federalismo, separação de poderes, entre outros, não aplicáveis no labor hermenêutico que as Cortes Estaduais devem fazer ao interpretar suas próprias Constituições.

Many state Courts rely on federal standards of review in their constitutional decisionmaking without considering whether the institutional concerns that justify the federal approach play out differently in the state context. [...] Federal rationality review rests on doubts concerning democratic legitimacy, federalism, and separation of powers that are not completely apposite to state common law courts interpreting state constitutional positive rights.¹⁰⁷

A influência exercida pelas decisões da Suprema Corte na vinculação das Cortes inferiores é via de regra autoritativa; entretanto, ainda que as Cortes estaduais estejam vinculadas à implementação das decisões, nada as impede de ir além, reconhecendo e criando direitos positivos não reconhecidos na esfera federal, o que realça o poder de criação do direito e, via de consequência, do juiz a outro patamar, reforçando a noção da importância do *judge made law* e da interpretação constitucional, mesmo com um modelo de Constituição estrutural e de viés clássico.

Segundo MacNaughton, a interpretação dos direitos negativos adotada pela Suprema Corte *“encourages administrative neglect by relieving state actors of responsibility for their actions and by suppressing open judicial considerations of various legitimate theories. Cases like Joshua DeShaney’s are all too common in an age of budget cuts and welfare reform.”*¹⁰⁸

É verdade que decisões da Suprema Corte, limitando a existência de *affirmative rights*, acabam, por vezes, sendo bem recebidas pelos Órgãos dos Poderes Executivos

¹⁰⁷ HERSHKOFF, Helen. Positive Rights and State Constitution: The limits of Federal Rationality Review. **112 Harvard Law Review** 1131, USA, p. 2, Apr, 1999. Muitas Cortes Estaduais consideram os standards federais ao decidirem questões constitucionais sem a preocupação de efetivamente verificar se se justificaria o uso destes standards federais no contexto do direito estadual. [...] as motivações federais que autorizam a revisão constitucional estão centradas em questões ligadas a legitimidade democrática, ao federalismo e a separação de poderes e que não estão necessariamente ligadas a common law dos Estados ao interpretarem os direitos positivados nas constituições estaduais. (tradução nossa)

¹⁰⁸ MACNAUGHTON, Jenna. Positive rights in constitutional law: no need to graft, best not to prune. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Pennsylvania, p. 15, Apr., 2001. A interpretação da Suprema Corte sobre os direitos negativos encoraja a negligência administrativa, liberando os atores estaduais da responsabilidade de suas ações e, ainda, estirpando abertamente as considerações judiciais de várias teorias legítimas de interpretação. Casos como DeShaney são comuns demais num período de cortes orçamentários e de reformas sociais. O case DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services reforça a posição da Suprema Corte no sentido de não reconhecer qualquer obrigação afirmativa aos governos estaduais, com base na cláusula do devido processo legal. Nessa decisão a Corte entendeu que a agência de serviços sociais estadual não podia ser responsabilizada pelos maus tratos que o menor incorrera, por não retirar da custódia do pai o menor, apesar de sérias evidências de comportamento violento do pai. p.1 (tradução nossa).

Estaduais e pelos Poderes Legislativos, pois, essas decisões não só não interferem na escolha das políticas públicas daqueles Poderes, como, não interferem no orçamento dos Estados, enquanto que decisões em sentido contrário, muitas vezes tomadas pelas Cortes estaduais forçam os Estados a readequar a destinação orçamentária e, também, criar políticas destinadas à solução do direito reconhecido ao indivíduo.

Somada à visão da Suprema Corte, é forte a concepção de que as Cortes somente podem efetivamente impor direitos negativos, *only those rights that deny power. [...] the ethos has always been anti-government and negative, especially where social rights are concerned.*¹⁰⁹

Schwartz, então, questiona se os direitos positivos, referindo-se aos direitos sociais, devem ser incluídos nas Constituições, e acaba por admitir a importância desse reconhecimento ante os valores da sociedade que as Constituições incorporam e representam.

Nevertheless, the question remains: **Why should these rights be included in a Constitution? [...] Although it is indeed a legal document, a constitution is much more than that.** It is the foundation charter of the political society, which draws on the experience of the past and the hopes for the future to create a set of mechanisms and values that are beyond the power of ordinary legislative majorities to change.¹¹⁰
(grifo nosso)

É, portanto, reafirmando o valor das normas constitucionais e o trabalho das Cortes na interpretação dessas normas, na criação do direito ao caso concreto, no *judge made law*, que se verifica a relevância da interpretação constitucional e a importância da Jurisdição Constitucional como instrumento de mudanças sociais, na garantia dos direitos sociais, especialmente, no controle difuso, como o exercido no sistema americano, haurindo direitos prestacionais das normas constitucionais, ainda que de natureza negativa.

¹⁰⁹ SCHWARTZ, Herman. Do economic and social rights belong in a Constitution? **10 American University Journal of International Law and Policy** 1233, USA, p. 2 Summer 1995. Somente aqueles direitos que negam o poder. [...] O ethos sempre foi antigovernamental e negativo, especialmente onde os direitos sociais estiverem relacionados. Essa concepção, igualmente, é refletida, em grande parte, em nível federal, a atuação de self restraint da Corte, quanto a ausência de um programa federal de seguro saúde, ou algo como um sistema universal de atendimento à saúde. (tradução nossa).

¹¹⁰ Ibid., p. 5, Todavia a questão permanece: Por qual razão devem estes direitos ser incluídos na Constituição? Ainda que seja um documento legal, a Constituição é muito mais do que isto. Ela é o contrato fundante da sociedade política, que inclui a experiência do passado e as esperanças do futuro no sentido de criar mecanismos e valores que estão acima da possibilidade dos poderes ordinários de uma maioria legislativa. (tradução nossa).

Considerando a flexibilidade existente no sistema e, ao mesmo tempo, cientes da necessidade de manter a certeza e a segurança jurídica decorrentes da doutrina do *stare decisis* e da vinculação ao precedente, a Corte desenvolveu *standards* ou testes que auxiliem na formação do convencimento e, conseqüentemente, determinem sua aplicação ou não ao precedente.

Muitos *standards* (testes) foram criados. Estes variam de acordo com a norma constitucional que estiver em discussão ou com o direito posto em causa. Por exemplo, quando em análise o devido processo legal, duas questões serão formuladas: *The first question is did the state deprive someone of something that is life or liberty or property? If the answer is yes, then the second question is “what process is due”? The decided emphasis is on procedure not substance. That is, whether the underlying decision-making process is fair, not on whether the ruling or decision is an arbitrary or unconstitutional outcome.*¹¹¹

É, igualmente, firme e aceite que, quando em questão a análise da *equal protection clause*, três distintos níveis de testes são utilizados, chamados pela doutrina de *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* ou *rational basis*. Nos três níveis, é aplicado o teste *purpose-means*, ou seja, o propósito da ação governamental em debate, e de que forma ou quais os cuidados (meios) que o governo usa para atingir seu propósito.

Esses *standards* foram construídos pela Corte e fazem parte da Teoria de Interpretação Constitucional, de modo que, hoje, é regra, por exemplo, que o *strict scrutiny* é usado quando está em questão o julgamento de direitos fundamentais que envolvam temas como raça, religião, imigrantes estrangeiros e outros. O ônus da prova é sempre do governo ou da agência governamental envolvida. Quando determinada lei (*statute*) interfere significativamente no exercício de um direito fundamental, como os constantes no *Bill of Rights*, incorporados na Constituição, a análise do devido processo legal substantivo

¹¹¹ BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional analysis**. 2nd ed. Minnessota: Thomson/West, 2003. p. 378. A primeira pergunta é: se o Estado privou alguém de sua vida, liberdade ou propriedade? Se a resposta for sim, então a segunda pergunta sera: Qual é o devido processo? A ênfase decisiva é no aspecto processual e não substancial. Ou seja, o processo que é empregado para se chegar a decisão é que deve ser justo, não se a sentença ou a decisão é arbitrária ou seu resultado seja inconstitucional. (tradução nossa).

determina que a lei específica seja interpretada restritivamente e que o interesse do governo seja *compelling*.¹¹²

O *strict scrutiny* de revisão é utilizado quando em questão a *equal protection clause*, ou seja, a 14ª Emenda Constitucional, do mesmo modo é empregado quando em questão legislação que possa prejudicar, dificultar ou restringir o exercício de um direito fundamental por um determinado grupo ou classe de pessoas como acima referido.

O *standard* da “*rational basis*” é normalmente utilizado em questões que envolvem legislação econômica ou social, e o ônus da prova incumbe àquele que está desafiando a legislação, o indivíduo, ou autor da ação, pois a regra é considerar constitucional a lei, se a “razão” estiver relacionada com um interesse legítimo do governo. *At the minimal level of judicial scrutiny, the means chosen, the classification, must merely be rationally related to a purpose that is within the legitimate exercise of the state police power to regulate health, safety, morals, and general welfare of society.*¹¹³

Já o *intermediate scrutiny* é utilizado quando a classificação envolve *gender, illegitimacy e alienage*, e o ônus da prova também é do governo. Nesse nível de análise o governo deverá demonstrar que seu propósito é importante. *The government’s purpose has to be ‘important’ – something somewhere between “compelling” and “legitimate”- and the classification has to be “substantially related” to the asserted government interest – a relatedness somewhat less than “necessary” and somewhat more than “reasonable”.* Como Baker e Williams afirmam, esse tipo de teste faz com que o resultado da decisão seja totalmente imprevisível, diferentemente do teste de *rational basis* que normalmente *uphold the government classification ou o strict scrutiny* que normalmente invalida a classificação governamental.¹¹⁴

¹¹² Essa é a base para a proteção constitucional da autonomia da pessoa, da privacidade, utilizada em *Roe v. Wade*.

¹¹³ BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional analysis**. 2nd ed. Minnessota: Thomson/West, 2003. p. 396. No nível mínimo de escrutínio judicial os meios escolhidos, a classificação, deve necessariamente estar racionalmente interligada com o propósito ao exercício legítimo do poder de polícia do Estado de regular a saúde, a segurança, a moralidade e as condições gerais sociais da sociedade. (tradução nossa).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 403-404. O propósito do governo tem que ser importante – algo entre obrigatório e legítimo – e a classificação tem que estar substancialmente relacionada ao específico interesse governamental – digamos uma relação menos do que necessária e de alguma forma, mais do razoável. (tradução nossa).

Efetivamente, esses diversos *standards* podem confundir a sociedade, a comunidade jurídica e, muitas vezes, confundem os próprios juízes, tendo em vista as complexidades e diferentes nuances de revisão resultando em afirmações como a feita pelo *Justice J. Stevens* no *case Craig v. Boren*: “*There is only one equal protection clause. It requires every state to govern impartially. It does not direct the courts to apply one standard of review in some cases and a different standard in other cases*”.¹¹⁵ Entretanto, apesar da complexidade citada, e do possível jogo de interesses em conflito e graus de avaliação, a aplicação de diferentes *standards* busca equilibrar as diferenças entre as partes em conflito e entre os princípios constitucionais, permitindo ao sistema maior previsibilidade e segurança jurídica.

A sociedade, em geral, está acostumada com a noção da aplicação do precedente, com a *Judicial Review*, com o *stare decisis*, e com o que significam todos esses conceitos e como eles permeiam a análise do julgador frente ao caso concreto. Esse conjunto de *standards* associados à noção da criação do Direito pelo juiz, o respeito ao *stare decisis*, e ao poder da *Judicial Review* são componentes importantes na cultura jurídica que acabam por permitir ao julgador a flexibilidade necessária para a busca da justiça ao caso concreto, ainda que justificada em bases sociológicas e não principiológicas ou jurídicas.

A aplicação dos *standards* na formação da decisão pelos *Justices* reflete a preocupação em garantir, indistintamente, o mesmo procedimento para a conclusão de determinado tema, permitindo certa previsibilidade no resultado e menor possibilidade de arbitrariedade do julgador na decisão, o que não deixa de ser uma forma de justificar, pelo procedimento, um tratamento igualitário, ainda que, substancialmente, as decisões possam divergir em muitas ocasiões.

Como disse Robert A. Leflar,¹¹⁶ hoje em dia, as Cortes são criticadas, porque é dito que elas estão decidindo os casos com base na sociologia e não no Direito. Se isso implica dizer que as Cortes americanas estão se afastando da doutrina dos precedentes e das técnicas que fazem parte da aplicação dos precedentes, e estão vindicando liberdade para decidir os casos, sem se aterem a esses requisitos, então, temos uma séria crítica. Entretanto, se isso

¹¹⁵ BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional analysis**. 2nd ed. Minnesota: Thomson/West, 2003. p. 415. Só existe uma cláusula de proteção à igualdade. Ela exige que cada Estado governe imparcialmente. Ela não determina que as Cortes usem um standard de revisão em alguns casos e diferentes standards para outros casos. (tradução nossa).

¹¹⁶ Professor de Direito e Justice da Supreme Court of Arkansas.

significa que as Cortes estão levando em conta, ao decidir, a Sociologia, em áreas onde o Direito governa as relações sociais, então, elas, na realidade, estão sendo criticadas por algo que sempre foi feito no sistema americano. Parece que, em verdade, elas somente estão sendo menos discretas e mais abertas na forma que elas decidem e pelo uso livre da palavra sociologia, enquanto antigas Cortes usavam termos mais tipicamente jurídicos, dos livros de Direito.¹¹⁷

Hoje, o aumento na legislação editada pelo Congresso e pelo Senado domina muitas áreas do Direito, de forma que as leis acabam diretamente regulando a atuação da maioria dos órgãos governamentais e a relação dessas com a sociedade. Mesmo diante da importância tradicional do Direito criado pelo juiz, o *case law*, o número de leis tem crescido substancialmente em quantidade e em importância, tanto que, em muitas áreas, se tornou a força criativa dominante, principalmente na área do Direito Administrativo ou de Imigração, todos afetos à competência federal.

Mas, apesar da força criativa, em quantidade, ser legislativa, não podemos nos esquecer que permanece, de acordo com o sistema, a máxima de que a decisão sobre a validade de uma lei caberá sempre ao Judiciário, e a sua interpretação formará o Direito da sociedade. Daí a forte influência das várias Teorias de Interpretação Constitucional criadas pela Suprema Corte, como a seguir abordaremos.

2.2.3 Teorias de Interpretação da Constituição

Hoje, é evidente o quanto as Teorias de Interpretação Constitucional, o Direito Constitucional, inúmeras de suas premissas e mesmo os seus próprios fundamentos estão em voga, ao mesmo tempo em que são objeto de acirrados debates. No contexto da sociedade americana, em especial, da cultura jurídica, as doutrinas desenvolvidas pelo meio acadêmico e pela Suprema Corte sofrem ataques de todos os lados, desde aqueles que defendem que o texto da Constituição e o *original intent* são mais importantes que o precedente; aqueles que entendem que a Corte tem uma visão inflada da sua real autoridade; os que entendem que a Corte

¹¹⁷ MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman. **Courts, judges, and politics**: an introduction to the judicial process. New York: Random House, 1961. p. 377.

interpreta equivocadamente a Constituição em relação a questões sobre discriminação racial ou de sexo; ou que abominam a interpretação que a Corte dá ao aborto ou aos direitos dos *gays*.

O fato é que a construção de uma Teoria da Interpretação Constitucional está afeta a diversos interesses ou pontos de vistas de diferentes áreas das ciências humanas ou sociais. Questões como Filosofia, Literatura, Teoria Política, análise econômica, História, enfim, toda uma gama de concepções entra em questionamento na construção dessa teoria. E o papel da Corte Constitucional passa a ser de extrema importância na condução e no desenvolvimento dessas concepções.

Na realidade, a ausência, no sistema americano, de uma Constituição nos moldes das Constituições do Pós-Guerra do século XX, que incluíram na sua grande maioria direitos sociais e econômicos, e o seu viés clássico liberal-individualista, influenciou no desenvolvimento dessas Teorias de Interpretação Constitucional, e obrigou o meio jurídico, especialmente, a Suprema Corte, a desenvolver teorias da Constituição, a partir do texto legal, de toda uma gama de Direitos que as Constituições dirigentes de origem européia trazem expressas, desde o início do século XX.

É possível questionar, por exemplo, que métodos de interpretação sejam preferidos pelo teórico que acredita que a Suprema Corte pode contribuir no crescimento moral da sociedade, ou pelo teórico que compreende o papel da Corte como fiscalizadora do processo democrático presente na Constituição, primeiramente, preocupada com a prática democrática das autoridades eleitas. No desenvolvimento atual, majoritariamente, essas teorias podem ser entendidas como procedimentalistas ou substancialistas. *“Is the Constitution a collection of provisions directed at topical concerns of the late 18th century, a compromise among competing regional and economic interest? Or is there a political theory that lies behind the specific bits of text, supplying a unifying theory to the whole?”*¹¹⁸

Em *Democracy and Distrust*, John Hart Ely sustenta que a Constituição se preocupa com estrutura e procedimento, não com a defesa de valores substantivos. Em decorrência,

¹¹⁸ GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T.Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory**: a reader. USA: Thomson/West, 2004. p. 1 É a Constituição um conjunto de regras dirigidas a questões tópicas do século XVIII, para o alcance de um compromisso entre interesses regionais e econômicos? Ou, há uma teoria política subjacente a cada parte do texto, que forneça uma teoria unificante ao conjunto das normas?(tradução nossa).

defende a teoria procedimentalista de interpretação da Constituição. Já Laurence Tribe é cético em relação a concepção procedimentalista da Constituição e sustenta que inclusive a visão procedimentalista de Ely exige um comprometimento com valores substanciais, da forma que certos grupos precisam de proteção no processo político. Já a posição de Dworkin busca advogar uma leitura moral da Constituição. *“The moral reading is constrained, according to Dworkin, by the requirements that constitutional interpretation begin in what the framers said and be fitted to the structure of the constitution as a whole and the dominant lines of the past interpretations.”*¹¹⁹

Essas mesmas objeções ou concepções são formuladas pela Teoria de Interpretação Constitucional desenvolvida nos países da *civil law*, onde também se evidenciam preocupações com os limites de interpretação da Jurisdição Constitucional, e onde tais aspectos e a obediência aos princípios democráticos estão em constante tensão.

Sintetizando as críticas à concepção procedimentalista, Streck assinala:

a) enquanto o procedimentalismo de Ely se ancora na premissa de que o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de comunicação de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até a representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas; b) o paradigma procedimentalista habermasiano do direito pretende apenas assegurar as condições necessárias, a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, por meio de prática comunicativa de auto-determinação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição, onde a função da Corte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política a partir da própria cidadania e não a de se arrogar o papel de legislador político, não devendo, portanto, a Corte Constitucional transformar-se em guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, reservando-se a intervenção do Judiciário apenas para facultar aos excluídos da participação o acesso direto aos poderes políticos.¹²⁰

¹¹⁹ GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory: a reader**. USA: Thomson/West, 2004. p. 2. A leitura moral da Constituição está restrita, segundo Dworkin, pelas exigências de que a interpretação constitucional inicie com o que foi previsto pelos Constituintes e seja adequado à estrutura da Constituição como um todo e com as linhas dominantes das interpretações passadas. Essa posição é desenvolvida em várias obras de Dworkin, fazendo parte da própria fundamentação da moral reading of the Constitution. Tribe defende sua posição na obra *On reading the Constitution* entre outras. Laurence H. Tribe e Michael C. Dorf Harvard University Press, 1991.

¹²⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 189.

E a tese procedimentalista recebe ainda mais críticas formuladas por Streck, extremamente apropriadas ao contexto brasileiro, no nosso entender, em especial, quando em análise as diferenças de Estado que se busca erigir.

A concepção procedimentalista proposta por autores como Habermas e Ely deve ser criticada por várias razões. Destarte, quando opõe o paradigma do direito liberal/formal burguês ao paradigma do direito do bem estar (Estado Social), dizendo que ambos estão superados, Habermas deixa de reconhecer a existência de um terceiro paradigma que é o modelo de Estado democrático de direito e, com isso, corre o risco de objetificar a Constituição. Com efeito, sua análise subestima o Direito naquilo que é o seu *plus* normativo que ficou caracterizado exatamente no constitucionalismo pós-guerra, na fórmula instituída no e pelo Estado democrático de direito. [...] Ou seja, de certo modo Habermas cai em um certo sociologismo ao ignorar a especificidade do jurídico presente nas Constituições, que gerou todo um processo de revitalização do jurídico naquilo que diz respeito à função social do direito.¹²¹

Fazendo uma leitura substancialista da Constituição, advogando uma postura mais ativa e constituinte do Judiciário na efetivação dos direitos, em especial, dos grupos marginais, destituídos de acesso aos poderes políticos, Streck refere à posição de constitucionalistas americanos da linha de Dworkin e Tribe.

Embora classificável como defensor de uma posição liberal contratualista, Dworkin se aproxima em alguns pontos dessa posição, entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição. [...] Tribe afirma que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos. Parte do caráter tenazmente substantivo (*stubbornly substantive character*) da maioria dos mandatos constitucionais mais importantes: a primeira emenda, a décima terceira ou a cláusula do devido processo legal são bons exemplos disso. [...] em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de intérprete que põe em evidência, inclusive, contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.¹²²

Afastando-se das linhas procedimentalistas ou substancialistas, Philip Bobbitt, na obra intitulada *Constitutional Fate*, busca identificar sistematicamente as inúmeras Teorias Constitucionais, classificando-as em seis distintos argumentos: *historical, textual, doctrinal,*

¹²¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 163-5.

¹²² *Ibid.*, p. 161-2.

*structural, ethical and prudential.*¹²³

O mesmo autor segue afirmando que cada um destes argumentos ou teorias pode ser alinhado com determinada ideologia, ou seja, *a general theory of how constitutional questions should be answered and why they should be answered that way.*¹²⁴ Uma teoria geral de como essas questões constitucionais devem ser respondidas e por que devem ser respondidas desta forma.

Várias teorias têm sido utilizadas para a interpretação da Constituição Americana como acima descrevemos. Desde os métodos entendidos procedimentalistas, associados com as concepções originalistas, textualistas, que advogam o exame da intenção dos constituintes quando da criação da Carta Política, ou, ainda, os que fazem uma leitura da Constituição buscando a aplicação dos princípios constitucionais de forma substancialista; e, mais ainda, os profundamente arraigados valores da sociedade americana.

Buscando responder a esse complexo sistema, a Suprema Corte por meio das suas decisões, desenvolveu várias Teorias de Interpretação Constitucional que divergem entre si, algumas mais outras menos, servindo conforme o desiderato almejado. Encontramos assim, as várias formas de interpretação constitucional e os *Justices* que se alinham mais com uma ou outra forma interpretativa ou doutrina constitucional segundo sua posição respectiva ideológico-política.

Em termos gerais, os diferentes argumentos ou teorias podem ser agrupados em três, sendo estes os mais utilizados na atualidade: o “originalismo,” com base nas intenções e propósitos dos autores da Constituição. São os chamados *Framers ou Founding Fathers*; o “Textualismo”, que procura a justificação na exata e precisa linguagem usada na Constituição e, muitas vezes, confundindo-se com o método originalista; e o método *evolutionary approach*, que vê o Direito Constitucional em constante evolução, modificando-se de acordo

¹²³ BOBBITT, Philip. Is Law Politics? **41 Stanford Law Review** 1233, USA, p. 1, May, 1989. Historical, relying on the intentions of the framers and ratifiers of the constitution; textual, looking to the meaning of the words of the constitution, alone, as they would be interpreted by the average contemporary man on the street; doctrinal, applying rules generated by precedent; structural, inferring rules from the relationships among the structures established by the constitution; ethical, deriving rules from those moral commitments of the American ethos that are reflected in the constitution; and prudential, seeking to balance the costs and benefits of a particular rule.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 1.

com os tempos e valores da sociedade, com entendimento pragmático associado ao conceito de *living constitution*.

Para os originalistas, a Constituição deve ser interpretada de acordo com a intenção original dos *Framers*. Vários autores sustentam essa teoria como a mais adequada; entre eles estão Robert Bork, *Justice Antonin Scalia*, *Justice Clarence Thomas*. Segundo Paul Brest, o “originalismo” é o método de adjudicação que confere autoridade vinculante ao texto da Constituição ou às intenções de seus criadores.¹²⁵

A justificativa mais aceita para a utilização deste método interpretativo é que a Constituição é o Direito supremo da Nação. Ela manifesta a vontade soberana de seus cidadãos. *We the people assembled in the conventions and legislatures that ratified the Constitution and its amendments. The interpreter’s task is to ascertain their will*¹²⁶. O originalismo também é comumente defendido pela aderência ao texto e pelo entendimento de que a compreensão original, argumentativamente, restringe, limita o uso da discricionariedade arbitrária nas decisões, e garante que a Constituição seja interpretada de forma consistente com o passar dos anos.

Fallon Jr, ao abordar a interpretação constitucional, em específico, a leitura que os originalistas fazem da Constituição, conceitua esse método em uma frase: *In a sentence, originalism holds that the Supreme Court interpret the Constitution to reflect the original understanding of those who wrote and ratified relevant language.*¹²⁷

Brest, tratando do método originalista, afirma que o ponto central de um originalista de origem textual é a definição muitas vezes usada como base de todos os textualistas, de que a interpretação constitucional tem que ser construída buscando dar efetivo alcance às intenções do povo que às adotou: *This intention is to be sought in the Constitution itself, and the apparent meaning of the words employed is to be taken as expressing it, except in cases*

¹²⁵ BREST, Paul. The Misconceived quest for the original understanding. GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory: a reader**. USA: Thomson/West, 2004. p. 100

¹²⁶ Ibid., p. 100, Nós, o povo, reunidos em convenção ratificamos a Constituição e suas emendas. A tarefa do intérprete é averiguar a sua vontade. (tradução nossa).

¹²⁷ FALLON JR., Richard H. **Implementing the Constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001. p. 13.

*where that assumption would lead to absurdity, ambiguity or contradiction.*¹²⁸

A regra acima é utilizada como “*plain meaning rule*” que, em termos gerais, representa o sentido que o texto expressa para alguém com fluência na língua inglesa, *normal speaker of English*, sob as circunstâncias nas quais ela é utilizada. E duas circunstâncias são relevantes: a lingüística e o contexto social. A parte lingüística, em relação ao vocabulário, a sintaxe e o contexto social, referente à visão geral e aceita dos propósitos da norma à qual ela plausivelmente serve.¹²⁹

Dentro, ainda, do método originalista de interpretação, encontramos os adeptos ao *strict textualism e os strict intentionalist*. Quem adota o *strict textualism* constrói o texto de forma concisa, restrita e precisa; já para o *strict intentionalist*, a idéia principal é construir uma interpretação do texto da Constituição, mas que tenha a intenção de averiguar e dar efetividade à intenção dos *Framers* e do povo da época em que a Constituição foi adotada.

Para Brest, a maior parte da interpretação constitucional americana rejeita o *strict textualism e strict intentionalism* em favor de um originalismo moderado, qual seja, o texto da Constituição é autoritativo, mas, muitas de suas normas são compreendidas de textura aberta. A compreensão original é importante, mas, contudo, os juízes se preocupam mais com os propósitos dos *Framers* do que com a aplicação exata das intenções, de forma específica.

Já os originalistas de base intencionalista interpretam a norma determinando as intenções daqueles que a adotaram. Sendo o texto da norma usualmente guia das intenções dos legisladores, mas o texto não possui maior *status* perante as fontes.

A maior dificuldade que um originalista intencionalista enfrenta é a tarefa de determinar o que os legisladores da época tencionavam que futuros intérpretes entendessem a respeito de suas intenções com a norma. Nunca será possível, simplesmente, estudar o que um escritor tenha dito sem a intermediação e sem trazer à tona as próprias expectativas do leitor sobre o que ele queria que aquele escritor tivesse escrito.

¹²⁸ BREST, Paul. The Misconceived quest for the original understanding. GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory: a reader**. USA: Thomson/West, 2004. p. 101. É regra básica na interpretação constitucional de que o instrumento deve ser construído de tal forma a dar efetividade à intenção do povo que a adotou. Tais intenções devem ser encontradas na Constituição e no significado aparente das palavras conforme expressas, exceto onde essa suposição leve a um absurdo, uma ambigüidade ou uma contradição. (tradução nossa).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 102.

Fallon critica os originalistas, posicionando-se contrariamente ao método com o seguinte argumento:

When the framing generation bound themselves and their posterity by adopting constitutional language, the meaning of their self-imposed restraint was reflected in what reasonable people of the time would have taken their words to mean- no more, and no less. However great its intuitive appeal, originalism does not describe the actual practice of the Supreme Court. Neither, more importantly, does it offer attractive prescriptions for how the Court ought to behave in the future.¹³⁰

Parece-nos absolutamente correta a posição de Fallon, porquanto, entendemos que a distância existente entre o período, no sentido de realidade social daquela época, e o mundo em que vivemos hoje, é grande, e o espaço de várias gerações e diferentes vivências transformam a compreensão da realidade.

Brest compartilha da posição por nós adotada de que é impossível não trazer à tona nossas próprias expectativas como intérpretes e usa como suporte a obra de Gadamer, Verdade e Método, citando-o como o moderno proponente da hermenêutica jurídica que assim entende:

[...] There is a hermeneutic tradition, of which Hans-Georg Gadamer is the leading modern proponent which holds that we can never understand the past in its own terms, free from our prejudices or preconceptions. We are hopelessly imprisoned in our own world-views; we can shed some preconceptions only to adopt others, with no reason to believe that they are conceptions of the different society that we are trying to understand.¹³¹

¹³⁰ FALLON JR., Richard H. **Implementing the Constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001. p. 13. Quando a geração dos constituintes se auto-vinculou e, igualmente, vinculou as futuras gerações à linguagem constitucional adotada, o significado desta imposição estava refletida no que poderia ser o significado razoável dessas expressões para pessoas daquela época, e nada mais. Por maior que seja o apelo, o originalismo não descreve a prática da Suprema Corte. Nem, o mais importante, oferecer uma prescrição atraente de como deve a Corte agir no futuro. (tradução nossa)

¹³¹ BREST, Paul. The Misconceived quest for the original understanding. GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory: a reader**. USA: Thomson/West, 2004. p. 110. Não é possível compreender o passado em seus próprios termos, livre de nossas pré-concepções ou pré-juízos. Nós, invariavelmente, nos encontramos aprisionados às nossas visões de mundo; podemos usar alguns pré-conceitos no sentido de adotar outros, mas sem razão para acreditar de que esses conceitos sejam de uma sociedade diferente ou daquela ao qual estejamos tentando compreender.

A observação citada demonstra a quase inviável tarefa, senão árdua do modelo originalista de base intencionalista de desenvolver seu método de análise e de aplicação na interpretação da Constituição.

Stanford Levinson, igualmente, sustenta inviável o método originalista de interpretação constitucional, veja-se, como exemplo, a citação desse autor criticando a limitada relevância do originalismo no meio jurídico.

[...] I shall argue that the opportunity actually to be originalists – even assuming that originalism is a coherent theory of constitutional interpretation, na assumption I will leave unexamined in my remarks – is quite limited for most lawyers, whether they practice in the bar, on the bench, or even in the legal academy. Thus, one of my theses is that there is a surprisingly general consensus – ranging at least from Fallon to Easterbrook and including even Robert Bork – that originalism simply will not do as an exhaustive, or even a privileged, theory of constitutional interpretation. It follows, therefore, that originalism sometimes legitimately loses out to other theories as to how to properly give meaning to the complex web of understanding we call the United States Constitution.¹³²

Mas há doutrinadores, conforme expõe Richard Kay, que sustentam serem a maioria das objeções ao método originalista infundadas e defendem ser o método de interpretação menos sujeito à arbitrariedade do julgador. *Nevertheless, it is almost always possible to examine the constitutional text and the other evidence of intent associated with it and make a reasonable, good faith judgment about which result is more likely consistent with that intent*¹³³.

Segundo os argumentos dos defensores do método, é dito que quase todas as decisões que tomamos ou atividades que desenvolvemos são baseadas num julgamento de

¹³² LEVINSON, Stanford. The Limited relevance of originalism in the actual performance of legal rules. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, USA, p. 1, Winter, 1996. Eu sustento que a oportunidade de ser originalista - mesmo que assumindo que o originalismo é uma teoria coerente de interpretação constitucional, um entendimento que deixarei em aberto na minha exposição - ela é muito limitada para a maioria dos advogados, independente da atuação ser no Judiciário, na advocacia privada ou na área acadêmica. Por isso a minha tese é de que existe um consenso geral desde Fallon até Easterbrook e, inclusive, incluindo Robert Bork – de que o originalismo simplesmente não serve como uma exaustiva ou mesmo privilegiada teoria constitucional de interpretação. E por isso, seguidamente, é afirmado que o originalismo perde espaço para outras teorias que possam dar um sentido adequado a complexa rede de entendimentos daquilo que chamamos a Constituição americana.” (tradução nossa).

¹³³ KAY, Richard S. Adherenc to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses. GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5 th ed. **Modern constitutional theory: a reader**. USA: Thomson/West, 2004. p. 116. De qualquer forma, é praticamente quase sempre possível examinar o texto da Constituição e outras evidências de intenção do legislador associadas com ela, e que tomam possível se fazer um julgamento razoável e de boa-fé no qual o resultado seja consistente com a intenção daqueles. (tradução nossa).

probabilidades e, via de regra, as fazemos de boa-fé. Insistir na certeza nos levaria à paralisia. Assim, pedir aos juízes que façam os seus julgamentos com base na visão originalista não é nada mais do que pedir que façam aquilo que cada um de nós faz diariamente ao decidir.

Assim, bem próximo à interpretação constitucional originalista encontra-se o textualismo. O próprio *Justice* Scalia, considerado entre a maioria um originalista, aliás, em sua obra ele se auto-intitula um textualista. Abordando o case *Church of the Holy Trinity*, ele afirma que a decisão foi incorreta, pois ela não seguiu o texto.¹³⁴ O texto é a lei e o texto é que deve ser seguido.¹³⁵ E mais: adiante, na mesma obra, ele afirma: *but the originalist at least knows what he is looking for: the original meaning of the text.*¹³⁶ Acrescenta que, em interpretação textual, contexto é tudo, e o contexto da Constituição nos orienta a não sermos por demais meticulosos e expandir em excesso as suas palavras ou frases, dando interpretação restritiva e não expansiva – *thought not an interpretation that the language will not bear.*¹³⁷

Justice Scalia é um dos maiores adversários de outro agir interpretativo constitucional chamado the *living constitutional theory* ou *evolutionary approach*. Segundo ele, essa forma de interpretação não respeita a legislação criada por representantes democraticamente eleitos, sendo, o sistema jurídico, criado sem a interferência do Legislativo democraticamente eleito para legislar. Isso, no entendimento de Scalia, é o mesmo que afirmar que todo Direito criado pelos juízes parte de um princípio antidemocrático e, portanto, nega as próprias origens da *Common Law*. Justificando, Scalia preconiza:

But the great divide with regard to constitutional interpretation is not that between original meaning (whether derived from Framers' intent or not) and

¹³⁴ Os textualistas temem o subjetivismo do julgador que, não obstante pode ser afastado pela racionalidade da fundamentação, quando esta devidamente realizada.

¹³⁵ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**: Federal Courts and the law. USA: Princeton University Press., 1997. p. 22. “[...] It may well be that the statutory interpretation adopted by the Court in *Church of the Holy Trinity* produced a desirable result; and it may even be (though I doubt it) that it produced the unexpressed result actually intended by Congress, rather than merely the one desired by the Court. Regardless, the decision was wrong because it failed to follow the text. The text is the law, and it is the text that must be observed. Mais, adiante, comentando outro case, *Justice* Scalia afirma: Now I cannot say whether my colleagues in the majority voted the way they did because they are strict-construction textualist, or because they are not textualist at all. But a proper textualist, which is to say my kind of textualist, would surely have voted to acquit.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 45.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 37 “ In textual interpretation, context is everything, and context of the Constitution tell us not to expect nit-picking detail, and to give words and phrases an expansive rather than narrow interpretation – though not an interpretation that the language will not bear.”¹³⁷

current meaning. The ascendant school of constitutional interpretation affirms the existence of what is called the living constitution, a body of law that (unlike normal statutes) grows and changes from age to age, in order to meet the needs of a changing society. And it is the judges who determine those needs and find that changing law. Seems familiar, doesn't it? Yes, it is the common law returned, but infinitely more powerful than what the old common law ever pretended to be, for now it trumps even the statutes of democratic legislatures.¹³⁸

Os adeptos da interpretação constitucional que entende a Constituição como um documento vivo sustentam que o direito fundamental da sociedade americana, ou seja, do povo, está em suas crenças históricas, que estão em constante mutação, tanto em relação ao o que signifique um bom governo como a extensão do conceito de liberdade individual.

The object of any form of government is to secure liberty to the people governed, but factual and moral conditions change too much to say that any one conception of liberty will best protect the people in all circumstances. Living- Constitution theory purports to solve this dilemma by making the Constitution a vehicle for the people's changing conceptions of liberty.¹³⁹

Em consonância com essa linha de interpretação está a idéia de que um governo não é uma máquina, mas, sim, algo vivo e em movimento, formatado por suas funções, obrigações e tarefas a desenvolver, modificado pelo meio ambiente em que se encontra e pressionado pela roda viva da sociedade.

Segundo, ainda, essa posição, como as condições políticas são adaptáveis e a moral popular é histórica, a Constituição não tem um significado legal independente e objetivo, pois *“it is impossible to construe the Constitution staying fully within the four corners of the document because the document is a legal transmitter for the American people's evolving*

¹³⁸ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation:** Federal Courts and the law. USA: Princeton University Press., 1997. p. 38 Mas a grande divisão na interpretação constitucional não é entre os que buscam o sentido original do texto (se derivado das intenções dos Framers ou não) e o sentido atual. A escola de interpretação constitucional ascendente afirma a existência de uma Constituição viva. Um conjunto de direitos (diferentes de leis) que cresce e muda de tempos em tempos, no sentido de atender as mudanças necessárias de uma sociedade em transformação. E são os juízes que definem essas necessidades e encontram o direito. Parece familiar não é? Sim, é o Common Law retornando. Mas muito mais poderoso que o Common Law antigo pretendeu ser. Pois, agora, ele derruba inclusive leis criadas por Legislativos democráticos. (tradução nossa).

¹³⁹ CLAEYS, Eric R. The limits of empirical political science and the possibilities of living constitution theory for a retrospective on the Rehnquist Court. **47 Saint Louis University Law Journal** 737, USA, p. 4, 2003. O objetivo de qualquer forma de governo é assegurar a liberdade ao povo governado, mas as condições fáticas e morais em muito se alteram para poder afirmar que uma concepção de liberdade protegerá melhor este povo em todas e quaisquer circunstâncias. A Living constitution theory pretende resolver esse dilema, tomando a Constituição um veículo para as modificações de concepção de liberdade do povo. (tradução nossa).

fundamental moral law".¹⁴⁰ A interpretação constitucional que vê na Constituição um documento vivo, ou *living constitution*, tem inúmeros adeptos, entre os quais, Dworkin, Justice Brennan entre outros.

Tushnet bem retrata a preocupação da Teoria da Interpretação Constitucional nos EUA: "*The aim of constitutional theory is to limit legislators and judges so that their self-interest will not degenerate into either the tyranny of the majority or the tyranny of the judges.*"¹⁴¹ E essa parece ser, igualmente, a preocupação que norteia não somente a comunidade jurídica americana, mas, também, a doutrina constitucional nos demais países, em especial, os do sistema da *Civil Law* que possuem, na cúpula do Judiciário, Cortes Constitucionais.

A Teoria Constitucional, assim, serve como orientação na aplicação dos princípios constitucionais e na limitação da tirania da maioria ou na tirania dos juízes, como referiu Tuhsnet.

Para Charles Fried, o papel da doutrina é limitar e persistir. Não significa somente que os procedimentos sigam as normas constantes nos textos legais, mas que, também, sigam os mesmos textos que os outros casos seguirem *The constitution promises that kind of persistence, and it can only deliver if its commands are instantiated in doctrines that persist.*" O autor expõe a sua preocupação com a possibilidade de o significado da Constituição estar aberto à reinterpretação desde sua base até o atual momento (*from the text, or original intention, or fundamental values up*), como se uma nova história pudesse ser iniciada e um novo argumento pudesse se realizado a cada nova interpretação em concreto, não somente pela Suprema Corte, mas pelas demais Cortes e pelos demais intérpretes em todos os níveis.¹⁴²

Fried concorda com a metáfora da novela criada por Dworkin e afirma que, ao decidir um novo *case*, o juiz leva em consideração decisões anteriores, partindo de premissas já fixadas e utilizadas anteriormente. Não existe o sentimento de liberdade de iniciar do zero, sem um ponto de partida. Haverá, certamente, a crença na continuidade, na coerência ao que a

¹⁴⁰ CLAEYS, Eric R. The limits of empirical political science and the possibilities of living constitution theory for a retrospective on the Rehnquist Court. **47 Saint Louis University Law Journal** 737, USA, p. 4, 2003.

¹⁴¹ TUSHNET, Mark V. Philosophy of language and legal interpretation: a note on the revival of textualism in constitutional theory. **58 Southern California Law Review** 683, USA, p. 1, 1985.

¹⁴² FRIED, Charles. Constitutional Doctrine. **107 Harvard Law Review** 1140, USA, p. 1152, 1994.

Corte antes disse e ao sentido de que o que ela disser poderá servir para futura análise de outros *Justices*.

A grande questão que fica em aberto é até que ponto as várias interpretações constitucionais, a doutrina do precedente, o *stare decisis* e as variadas atuações da Corte, ora mais ora menos ativista, mais aderente ao texto constitucional ou às intenções dos *Framers*, auxilia na construção de um sistema jurídico mais efetivo, ou ainda, num Judiciário mais eficiente e transformador da realidade social.

Indagamos até que ponto as várias Teorias de Interpretação Constitucional, ou a aderência a um método de interpretação, e não a outro, pode, também servir de instrumento de desvio de efetividade das decisões judiciais?

Nesse sentido, entende-se que o papel das Teorias está exatamente em exercitar a justificação das decisões, ou seja, a Teoria Constitucional deve responder a questões constitucionais e, igualmente, justificar e explicar determinados princípios ou grupo de princípios, e como estes devem ser utilizados na fundamentação das decisões, no sentido de alcançar a efetividade desejada com legitimidade.

Nesse contexto, onde o Direito da sociedade é o Direito criado pelo Juiz, pelo Judiciário, onde este exerce papel ativo na condução das políticas sociais e econômicas do país, o exercício do poder exige ainda maior comprometimento com a legitimidade da decisão e, nessa esteira, o papel da Teoria Constitucional exerce grande importância.

Richard Posner, com visão pragmática, entende a Teoria Constitucional como um esforço no sentido de desenvolver uma teoria que possa ser aceita em geral pela comunidade, para orientar na interpretação da Constituição.¹⁴³

E assim deve ser, porquanto, o poder da Corte Suprema somente poderá ser legitimado, quando ela puder demonstrar com opiniões devidamente justificadas e fundamentadas em uma teoria validamente derivada da Constituição, em respeito às maiorias

¹⁴³ POSNER, Richard. Theories of Constitution. In: GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory: a reader**. USA: Thomson/West, 2004. p. 14.

e minorias. Se a Corte não puder defender sua decisão em uma teoria derivada da Constituição, ela estará fazendo nada mais do que impor a sua própria escolha de valores.

Resultado da ausência de uma justificação e de uma fundamentação mais orientada sob princípios, bem como na sua interpretação, é o que acima descrevemos como o que hoje acontece com várias decisões da Warren Court. As vezes, a *result oriented strategy* pode ser fundamental no momento da decisão, mas, *on long-term*, mostrar-se fragilizado e discutível quanto à legitimidade da decisão.

Essa discussão está, igualmente, em voga em nosso sistema, onde, muitas vezes, a ausência de justificação e fundamentação retira da decisão o respeito necessário e o convencimento da sociedade jurídica para que esta seja aplicada e obedecida, o que demonstra a importância da fundamentação e justificação decisional, pois, mesmo num ambiente de dirigismo constitucional, se a comunidade jurídica não desenvolver apropriada adjudicação, esta não convencerá a comunidade.

Acompanhamos a posição de David Strauss que afirma que a Teoria Constitucional serve, especificamente, para justificar um conjunto de princípios de como devem certos conflitos constitucionais serem decididos.[...] *a Constitutional theory justifies its prescriptions about controversial issues by drawing on the bases of agreement that exist within the legal culture and trying to extend those agreed-upon principles to decide the cases or issues on which people disagree. This is the conception of justification given by John Rawls in a Theory of Justice.*¹⁴⁴

Assim, as várias teorias devem servir não somente de orientação na construção do Direito ou na busca da justiça ao caso concreto, mas, igualmente, no desenvolvimento de um sistema preocupado na concretização do Direito; na efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos; na implementação das decisões das Cortes, desta forma cumprindo com o papel do Judiciário esperado pelo cidadão na concretização dos direitos e propulsor de mudanças sociais.

¹⁴⁴ STRAUSS, David A. What is constitutional theory? In: GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander; FARBER, Daniel A. 5th ed. **Modern constitutional theory: a reader.** USA, Thomson/West, 1999. p. 12. Uma teoria constitucional justifica suas posições sobre determinadas controvérsias com base num consenso existente dentro de determinada cultura jurídica e tenta estender esse consenso de princípios aos julgamentos dos casos onde há discordância entre as pessoas. Esta é a concepção de justificação dada por John Rawls na obra Teoria da Justiça. (tradução nossa).

Buscaremos, a seguir, detalhar a atuação da Suprema Corte segundo alguns *cases* e a repercussão desses *cases* na sociedade americana e trazer a análise de alguns autores quanto à interpretação constitucional utilizada na decisão, levantando as dificuldades ou entraves existentes no sistema, e a influência destes na maior efetividade da Jurisdição.

2.3 Mecanismos de Desvio e de Otimização à Jurisdição Americana

Até o presente momento, nossa pesquisa abordou o Sistema da *Common Law* Americano, trazendo, sinteticamente, a estrutura do seu Judiciário, os componentes da decisão judicial, a aplicação da doutrina do precedente, da *Judicial Review*, a discricionariedade da Suprema Corte, a sua atuação em determinados momentos históricos e, por fim, as Teorias de Interpretação Constitucional, para chegar, neste momento da pesquisa, e apontar os fatores ou, conforme intitulamos, os mecanismos de desvio de efetividade do sistema, segundo análises de cientistas políticos americanos e, igualmente, apontar os mecanismos de otimização existentes naquele sistema.

Assim, abordaremos, neste capítulo, o tema que serviu em grande parte de inspiração à presente investigação sobre os mecanismos de desvio de efetividade à Jurisdição brasileira.

Qual seja, as análises realizadas por sociólogos políticos americanos quanto à atuação do Judiciário, e ao papel deste como propulsor de mudanças sociais na sociedade americana, bem como o exame por estes empreendido no sentido de verificar o quanto os precedentes são implementados e os fatores que influenciam positiva ou negativamente nesta implementação.

Faremos uma abordagem mais detalhada das análises empreendidas por Rosenberg e Canon & Johnson, pela importância destas ao desenvolvimento de nossa investigação. Também, não deixaremos de apontar as posições de outros cientistas políticos que, igualmente, contribuem para a identificação dos fatores determinantes numa maior ou menor implementação das decisões, e no papel do Judiciário como propulsor de mudanças sociais na sociedade americana.

Concluiremos o tema do capítulo com os fatores destacados por esses cientistas políticos que auxiliam na maior efetividade do sistema, de sorte a otimizar a implementação das decisões judiciais.

2.3.1 Os Mecanismos de Desvio de Implementação das Decisões Judiciais

Iniciamos o tema com uma abordagem geral dos instrumentos de desvio de efetividade da Jurisdição existentes no sistema americano, inclusive, com a contribuição de pesquisa por nós realizada, quando da participação na disciplina *Law and Social Change*, sob a supervisão da professora Lee Epstein, para, posteriormente, desenvolvermos as análises empreendidas por Rosenberg e Canon & Johnson, cujos dados empíricos retratam a importância da comunidade jurídica na implementação e correlata efetividade da Jurisdição.

Várias pesquisas realizadas por cientistas políticos¹⁴⁵ buscam responder se as Cortes Americanas, em especial, a Suprema Corte, podem ser propulsoras de mudanças sociais¹⁴⁶ ou, ainda, implementadoras de políticas públicas¹⁴⁷ que resultem em mudanças positivas, qualitativas à população.

Lee Epstein analisa as várias influências que sofrem os juízes, bem como as inclinações ideológicas destes, ao decidir. Essa autora busca responder quais são os fatores que podem influenciar na formação da decisão judicial propriamente dita, ou quais as influências que motivam os *Justices* ao redigirem suas opiniões. Sustenta, Epstein, que, grande parte do Judiciário, e dos *Justices*, buscam conduzir suas decisões de acordo com as suas escolhas políticas e ideologias, e usam do instrumento do *distinguishing* para alcançar seu intento, fugindo à aplicação do precedente, o que pode permitir a criação de *judicial*

¹⁴⁵ Segundo autores como Gerald Rosenberg, Donald Horowitz e Nathan Glazer e Michael W. McCann sustentam, as Cortes, devido à sua própria formação e natureza, não possuem os instrumentos necessários para atuar na implementação de políticas públicas e, por tal razão, tendem a apoiar uma posição de maior *self-restraint* do que de ativismo às mesmas, enquanto Cannon & Johnson, sustentam uma visão mais ativista às

Cortes, como verdadeiramente propulsoras de mudanças sociais. CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact** 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 180.

¹⁴⁶ A obra de Rosenberg possui título sugestivo neste sentido. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social Change?*

¹⁴⁷ Aqui, a expressão usada pelos autores é *Public policies* ou, ainda, *policy goals* que atende a uma generalização do termo, e não somente no sentido jurídico estrito de políticas públicas.

policies ou *public policies*, tanto liberais, como conservadoras, afetando diretamente a sociedade.¹⁴⁸

A literatura jurídica faz variadas referências sobre o sistema judicial americano, traçando paralelos entre a sua efetividade e a de outros sistemas jurídicos. Características como celeridade, justiça ao caso concreto, solução de conflitos, geração de mudanças sociais, defesa e proteção dos Direitos de liberdade, entre outros, são ressaltadas. Mas, será que o sistema possui mais ou melhores instrumentos de efetivação das decisões judiciais? O que faz a Jurisdição Constitucional americana funcionar? Ou melhor, será que ela é realmente efetiva a ponto de implementar melhorias sociais como os cientistas políticos buscam responder?

Até que ponto as decisões da Suprema Corte americana são aplicadas pelos juízes, advogados, pelos profissionais do Direito e pela população à qual elas são dirigidas? Quais os fatores induzem esses atores a interpretar ou a implementar as decisões de um jeito ou de outro? Sim, pois, como em qualquer sistema, a efetividade do Judiciário e a conseqüente implementação de suas decisões, depende em muito da compreensão e da aceitação destas pela comunidade, sob pena de se tornarem “letra morta”, sem alcance algum. Esses fatores intitulos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição.

Existem posições doutrinárias variadas quanto à atuação das Cortes. Alguns doutrinadores entendem que a Jurisdição americana é produtora de mudanças sociais significativas; outros admitem um papel somente coadjuvante nas mudanças sociais e na hierarquia de atuação entre os Poderes da Nação, como afirmado por Bickel, na obra de sua autoria sobre o Poder Judiciário, com título sugestivo do posicionamento do autor: *The Least Dangerous Branch*.¹⁴⁹

¹⁴⁸ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The political (science) context of judging. **47 St. Louis University Law Journal** 783, Saint Louis, Spring 2003.

¹⁴⁹ Bickel inicia a obra justificando a sua posição quanto ao Judiciário ser o Poder entre os demais Poderes de menor influência, com uma citação de Alexander Hamilton in the 78th Federalist, The Judges as Guardians of the Constitution. Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The Legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962. prefácio.

Bickel sustenta que o Poder Judiciário necessita dos demais Poderes para dar efetividade às suas decisões, e ainda que entendida a Suprema Corte Americana, como sendo a mais poderosa das Cortes Constitucionais que o mundo já conheceu, o seu Poder não advém de sua posição como um dos Poderes da Nação, mas, sim, do poder da *Judicial Review*, que não deriva de nenhum comando constitucional, mas da construção que a própria Corte fez como sendo a sua missão dentro do sistema.

Nesse sentido, o poder da *Judicial Review*, a vinculação ao precedente, o *stare decisis* e a noção de liberdade de interpretação que os juízes possuem, sendo esta interpretação a última palavra na definição do que é o Direito, fazendo com que, em certos momentos, os Tribunais discordem abertamente da intenção legislativa ou da política pública expressa na legislação, declarando inconstitucionais as leis editadas, acentua o papel ativista do Judiciário e propulsor de mudanças sociais na sociedade.

Por outro lado, como forma de atenuar ou mesmo restringir a atuação do Judiciário, uma das possibilidades existentes no sistema como desvio do Direito criado pela Corte é o Congresso editar nova lei sobre a mesma matéria já interpretada por aquele Poder. E isso ocorre diuturnamente.

Murphy e Pritchett afirmam que o Legislativo, não gostando ou discordando com a interpretação que foi dada pelo Judiciário à lei, na aplicação ao caso concreto, cria nova lei que, uma vez levada à Corte por algum indivíduo, sofrerá nova interpretação e assim por diante, sendo esse expediente usado com frequência pelos demais Poderes para desafiar as decisões da Suprema Corte.

Legislative intention is not sought simply by looking into the antecedents of a statute. [...] For example, after a statute has been judicially interpreted in a certain way, efforts may be made in Congress by those opposed to this interpretation to amend the statute so as to give it a different meaning from the one asserted by the courts. If this effort should fail, it may be argued with some justification that Congress has, by implication, ratified the judicial interpretation.¹⁵⁰

¹⁵⁰ “As intenções dos legisladores não são somente verificadas olhando os argumentos pró ou contra que antecederam a lei. Por exemplo, depois de interpretada uma lei num determinado sentido, os contrários a esta interpretação, dentro do Congresso, tomam esforços no sentido de emendar a legislação, de sorte a alterar a interpretação dada pelo Judiciário, e se, no entanto, tal alteração legislativa não acontecer, pode-se inferir disso que a interpretação judicial foi ratificada pelo Congresso em geral.” (MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman. **Courts, judges, and politics**: an introduction to the judicial process. New York: Random House, 1961. p. 403-4, tradução nossa).

Esse fenômeno se configura meio de burlar, de evitar, a aplicação do Direito criado pelo Tribunal para a comunidade. Essa situação é claramente constatável, quando a Suprema Corte julga matérias controvertidas em nível nacional, e temos como exemplos os *cases* sobre o aborto, posteriores à decisão *Roe versus Wade*, e os *cases* que trataram da segregação racial nas escolas, a prática do ensino religioso, a própria liberdade ao culto religioso, a liberdade de expressão, a direito de portar armas etc.

Em tais situações, os Estados, em especial, os que não concordam com o posicionamento adotado pela Corte Suprema, tentam, nas Cortes Federais ou Cortes Estaduais, prejudicar ou limitar ao máximo a aplicação do Direito que o precedente estabelecido pela Corte tenha garantido, usando dessa prática como meio de impedir a sua aplicação.

Mas, ao mesmo tempo em que esse mecanismo de desvio de implementação do Direito criado pela Corte existe, e até pode ser considerado salutar dentro do jogo democrático, deve ser dito que, igualmente, em inúmeras situações, o Legislativo e o Executivo se abstêm de criar determinada legislação, e aguardam exatamente a manifestação da Corte, em algum caso concreto que a ela se apresente para, então, acolher a posição ou o Direito por ela criado, deixando ao Judiciário o difícil papel de suportar o desgaste institucional que o precedente (Direito criado pela Corte) provoca em determinados setores da comunidade e a dificuldade de implementar a decisão como já tivemos oportunidade de sinalizar anteriormente.

Exemplos desse tipo são as decisões que envolvem o direito dos homossexuais ao casamento, ao reconhecimento de pensão, direitos hereditários entre estes, o direito ao uso de drogas ou entorpecentes nos tratamentos médicos, o desenvolvimento de pesquisas com a utilização de células-tronco, entre outros temas que o Legislativo prefere deixar à Suprema Corte a definição, quando esta, assim, for provocada.

Como se percebe, assim como há o respeito da Suprema Corte às políticas públicas criadas pelo Legislativo e pelo Executivo para a comunidade, ou para a Nação em geral, compreendendo e respeitando o papel de todos os Poderes, o inverso também se aplica em determinadas situações, gerando, na realidade, um ambiente de jogo entre os Poderes e, inclusive, a atuação por um Poder, de funções que seriam, em princípio, de primazia de outro.

Outro mecanismo de desvio já mencionado é a técnica do próprio *distinguishing*. Com efeito ele pode se apresentar como instrumento de desvio, quando determinada Corte não quer seguir o precedente vinculativo criado pela Suprema Corte. A análise que empreendemos com a supervisão da professora Lee Epstein, consoante apêndice, evidencia a flexibilidade das Cortes de Apelação Federal e das *District Courts*, ao enfrentarem a necessidade de julgar um *case* seguindo o precedente estabelecido pela Suprema Corte.

A pesquisa, ainda que circunscrita a uma decisão da Suprema Corte americana, demonstra que a única Corte de Apelação que seguiu aplicando o precedente, posteriormente, foi a Corte de onde se originou o *case*. Todas as demais Cortes de Apelação Federal utilizaram o *distinguishing* para desviar da aplicação do precedente. As razões encontradas para tal desvio são variadas, desde a posição contrária à ideologia expressa na decisão pelos juízes das Cortes inferiores; a circunstância da Corte ter emitido uma opinião absolutamente dividida (5-4); argumentos persuasivos nos votos divergentes; a própria história política que envolveu os atores sociais e a possível influência dos imigrantes naquele Estado, pois, o *case* analisado envolvia política em relação aos imigrantes; ainda, a política de fomento ao emprego para aquele Estado, entre outras razões.

O resultado da pesquisa realizada deixou em nós a convicção de que pode ser afirmado que o sistema americano possui um nível bem elevado de flexibilidade na aplicação do precedente criado pela Suprema Corte. Igualmente, nesse caso, em específico, ficou evidente a intenção da Corte de buscar garantir o mercado de trabalho ao cidadão americano em detrimento do imigrante. Ficou, igualmente, evidente, o quanto essa política é desafiada nos Estados que possuem grande fluxo imigratório como a Florida e a Califórnia.

Por sinal, importa ressaltar que esta situação reflete a contrariedade de parte da população com as políticas públicas de fomento ao emprego, criadas pelo Legislativo e apoiadas pela Corte, favorecendo os *american citizens* e não os imigrantes que, em Estados populosos como a Califórnia e a Flórida, possuem alto índice de trabalhadores, *blue colors*, de diferentes nacionalidades, assim, discordam da política pública nacional e buscam a tutela dos seus direitos nas Cortes Federais, na tentativa de modificar a posição no quadro nacional.

A descrição que fizemos dos inúmeros *standards* de julgamento criados pela Suprema Corte, associada às diferentes posições ideológicas dos *Justices* e, via de

consequência, a adoção de distintas Teorias de Interpretação Constitucional, acabam, também, criando outras possibilidades de decidir, que podem servir tanto como instrumentos de real alcance na justiça ao caso concreto, como, igualmente, propiciar ao julgador alternativas de burlar a aplicação do precedente.

Não se trata de afirmar que as variadas Teorias de Interpretação Constitucional ou os vários *standards* de julgamento sejam maléficos à Jurisdição, mas, sim, que esses abrem o sistema para o desenvolvimento de variadas posições, e esta fragmentação pode, sim, fragilizar a Jurisdição, daí o necessário controle sobre a similaridade ou identidade dos *cases*, de sorte que se aplique *o distinguishing* de forma criteriosa e se preserve a tradição do sistema.

Enquanto, no nosso sistema, o debate- muito em voga - se dá em torno da crescente judicialização da política, pela possibilidade de o Judiciário criar políticas públicas e determinar a sua implementação, como nos EUA, ainda, outro debate tem sido fomentado nesse sistema, que é o controle exercido pela Suprema Corte no exame dos requisitos que determinadas Leis estabeleceram, na instituição de políticas públicas de assistência aos “possíveis” necessitados.

Várias decisões foram proferidas pela Suprema Corte, a partir da década de sessenta, tratando da inconstitucionalidade das exigências impostas pelas Leis nacionais ou estaduais que prevêm assistência à saúde, auxílio desemprego e a concessão destes benefícios instituídos.

At the present, all of the programs provide either cash Grant or in-kind-aid to those unable for certain reasons to earn an income that meets government-established subsistence standards. Although not all public assistance benefits are strictly need-based or means-tested, all serve to improve economic condition on those unable to earn a subsistence income. All, therefore serve to reduce the inequalities in wealth that are a natural part of a market economy.¹⁵¹

¹⁵¹ BAKER, Lynn A. The prices of rights: Toward a positive theory of unconstitutional conditions. **75 Cornell Law Review 1185**, USA, p. 6, Sept., 1990. Atualmente, todos os programas oferecem direito ou auxílio específico para aqueles que, por determinadas razões, estão impossibilitados de ganhar aquilo que é definido pelo governo como o standard mínimo para a sobrevivência. Ainda que nem todos os programas públicos de assistência sejam definidos com base em need based or means-tested, todos servem para melhorar as condições econômicas daqueles que não ganham o mínimo para sua subsistência. Todos, assim, servem para reduzir as diferenças de riqueza comuns e naturais numa economia de mercado. (tradução nossa).

Desenvolveu-se, no sistema, em especial, pela construção feita pela Suprema Corte, na interpretação às leis editadas, a teoria *Unconstitutional Conditions Doctrine*. Essa doutrina vem considerando inconstitucionais certas exigências feitas pelas Leis para que o cidadão possa se qualificar ao recebimento do auxílio governamental nas mesmas previsto.¹⁵²

A Suprema Corte vem aplicando testes aos *cases* que indiquem se as condições impostas aos cidadãos podem ser consideradas uma penalidade ou uma exigência desmedida sobre a pessoa, impedindo que ela possa usufruir do Direito Constitucional de igualdade ou outro Direito constitucionalmente assegurado.¹⁵³

Vejam que, novamente, os testes são criados pela Corte, segundo seu entendimento ou sua leitura da política criada pelo outro Poder. Segundo Baker, subjacente à doutrina criada pela Corte, de inconstitucionalidade de determinadas exigências, em especial, nos *cases* de assistência ao público, está a idéia de contrapor os valores relativos à liberdade individual e, igualmente, consistentes com um mercado liberal, entrando nessa análise todo um complexo de fatores econômicos para a sua implementação. *The legislature first determines whether, what, and how much economic redistribution will take place, and the Court then ensures an equality of price in the exercise of the constitutional rights.*¹⁵⁴

So, instead, the Court uses the unconstitutional conditions doctrine in these cases to shift the hard choice back to the legislature and, therefore, the general population. The legislature is left to choose between not making the benefit available at all, or distributing the benefit in such a way that persons unable to earn a subsistence income, and otherwise

¹⁵² The cash-grant public assistance programs combine to provide benefits to individual adults who are unable (or presumed to be unable) to earn a subsistence income for certain reasons: disability, work-related injury, old age, or the unavailability of suitable employment. The categorical organization of the cash-grant programs means that the reason for the individual's failure to earn a subsistence income is the first determinant of the benefits to all claimants whose current income and assets for permissible reason, do not meet the pertinent poverty or need standard. Other programs are non-need based, federally mandated insurance schemes that provide benefits only to previously employed, insured persons and their economic dependents during certain periods of unemployment. BAKER, Lynn A. The prices of rights: Toward a positive theory of unconstitutional conditions. **75 Cornell Law Review** 1185, USA, p. 6, Sept., 1990.

¹⁵³ Ibid., p. 7 "in reaching its result in each case, the Court's first determination – whether the condition impinges on or burdens a constitutional right – is virtually dispositive. Whether the challenge is brought under the equal protection clause or under another constitutional provision, the Court has explicitly applied a two-step test in which it inquires (1) whether the condition at issue impinges on, burdens, or penalizes the exercise of a constitutional right, and (2) whether the condition is justified by a "compelling state interest" (when the answer to (1) is yes) or a rational basis" (when the answer to (1) is no). In applying this test, the Court has never found the State's interest sufficiently compelling to justify a condition that burdens a constitutional right. The court has always been able to find a rational basis for conditions that impose no such burdens, however. Thus, from the State's perspective. The compelling state interest standard is difficult in theory and fatal in fact, while the rational basis requirement is minimal in theory and virtually nonexistent in fact.

¹⁵⁴ BAKER, Lynn A. The prices of rights: Toward a positive theory of unconstitutional conditions. **75 Cornell Law Review** 1185, USA, p. 21, Sept., 1990.

eligible for the pertinent benefit, are not required to pay a higher price to exercise their constitutional rights than similarly situated persons earning a subsistence income.¹⁵⁵

Esta concepção sobre as motivações subjacentes não deixa de reafirmar a importância do processo democrático, impondo a responsabilidade ao Legislativo eleito para tal, acerca da escolha de como redistribuir a riqueza da Nação. Mas, essa é a visão e a concepção de um Estado marcadamente Liberal, e que não se assemelha às condições vivenciadas na maioria dos países latino-americanos ou com democracias emergentes.

Daí ser, ainda, fundamental a participação do Judiciário, senão na criação das políticas públicas, mas com certeza, no controle e na exigência de que os demais Poderes atuem na efetiva criação das diretrizes estabelecidas na Constituição desses países.

Outra possibilidade de desvio de aplicação do precedente, ou mesmo da política expressa na decisão, acontece quando os juízes das Cortes inferiores, buscando evitar a aplicação do precedente da Suprema Corte, decidem o *case* “sub-judice”, com base na Constituição Estadual. Isto é possível, em especial, aos Juízes das Supremas Cortes Estaduais, quando, confrontados com a necessidade de decidir sobre determinada matéria, utilizam a Constituição do Estado, que, normalmente, é similar ao da Constituição Federal; mas, em determinadas situações, apesar da Corte Estadual não poder restringir o Direito garantido pela Corte Suprema ao indivíduo, ela pode ampliar o Direito com base em sua Constituição, se assim lhe interessar, em decorrência do sistema federativo como lá praticado.¹⁵⁶

Esse instrumento não significa, necessariamente, um desvio negativo; poderá ser, inclusive, positivo, se considerada a possibilidade da Corte Estadual, ampliando a

¹⁵⁵ BAKER, Lynn A. The prices of rights: Toward a positive theory of unconstitutional conditions. **75 Cornell Law Review** 1185, USA, p. 21-22, Sept., 1990. Dessa forma a Corte usa a doutrina no julgamento desses casos para devolver a escolha ao legislador e, via de consequência, à população em geral. Ao legislador resta a escolha de tornar acessível o benefício de forma geral ou distribuí-lo de forma que pessoas que não possuem condições de ter qualquer salário, e consideradas aptas ao benefício, não tenham que pagar um preço mais alto para exercer seus direitos constitucionais que outras pessoas igualmente situadas. (tradução nossa).

¹⁵⁶ CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact** 2nd ed., Washington D.C.: Congressional Quarterly, 1999, p. 39. One avoidance device that is sometimes available to state supreme courts faced with having to apply a U.S. Supreme Court decision is to decide the case on state constitutional grounds. [...] However, state courts cannot interpret a state civil liberties guarantee more narrowly than the Supreme Court has interpreted a similar federal constitutional provision, since the U.S. Constitution protects most rights against encroachment by states as well as by the federal government. But States courts can construe their constitutional provisions more liberally.

interpretação, garantir determinados Direitos que, segundo a Constituição Estadual, estariam albergados e não colidiriam com a Constituição Federal.

Ressalta-se, inclusive, que algumas Constituições Estaduais possuem direitos sociais positivados, diversamente da Constituição Federal.

Indeed, about a dozen states now offer social and economic rights. The New York Constitution is exemplary: The aid, care, and support of the needy are public concerns and shall be provided by the state and by such of its subdivision, and in such manner, and by such means, as the legislature may from time to time determine.¹⁵⁷

Essa situação acirra o debate sobre uma mudança de posição na interpretação dada pela Suprema Corte à Constituição Federal, que, segundo parte da doutrina, entende ser possível haurir das normas constitucionais direitos sociais e econômicos, na linha das decisões inauguradas na Era Warren *Court*, diversamente do entendimento da Corte Suprema.

A possibilidade de haurir das normas constitucionais direitos não expressos é, sem dúvida, trabalho da interpretação constitucional que pode, dessa forma, tutelar direitos que acompanhem a evolução da sociedade. Rosenberg e Canon & Johnson analisaram inúmeras decisões paradigmáticas da Suprema Corte e, ainda que as análises dos autores sejam diversas, inclusive, as posições divergindo em determinados momentos, o resultado demonstra a importância do papel das Cortes, em especial, nessa Jurisdição da Suprema Corte, no avanço ou retrocesso dos direitos sociais e econômicos.

Verificaremos, no subcapítulo seguinte, as análises empreendidas por Rosenberg e Canon & Johnson quanto aos fatores que interferem na maior ou menor participação do Judiciário na implementação das decisões e do papel destas como propulsora de mudanças sociais à sociedade.

¹⁵⁷ SUNSTEIN, Cass R. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? University of Chicago Law School. Public Law and legal theory. **Working Paper Series**. Paper n. 36 p. 10. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>> and Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=375622>. Acesso em: 16 jul. 2008. Atualmente, em torno de uma dezena de Estados oferecem direitos sociais e econômicos. A Constituição do Estado de Nova York é exemplar. O auxílio e o cuidado com os necessitados são preocupações públicas e devem ser garantidos pelo Estado e seus Órgãos de forma e meios conforme o Legislativo de tempos em tempos determinar. (tradução nossa).

2.3.2 As Análises Empreendidas por Rosenberg e Canon & Johnson

Impõe-se, a essa altura, perquirir se, da maneira como o sistema americano está estruturado, ele é efetivo e se responde aos anseios da sociedade. Até que ponto os mecanismos existentes, destarte, apontados na pesquisa, prejudicam o desempenho da Jurisdição Constitucional americana, afetando seu papel de propulsor de mudanças sociais (como coloca Rosenberg, na obra *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?*).

Várias análises são possíveis. Como desde há muito sustentamos, vários fatores implicam implementação do precedente e a aceitação, ou não, do mesmo pela comunidade, a destinatária, afinal, das decisões dos Tribunais. Além disso, o sistema está, invariavelmente, dentro de uma dinâmica de vários subsistemas que interagem, e dentro destes, outros microssistemas.

Rosenberg, em face da pesquisa por ele desenvolvida, criou o que denomina a visão da *Dynamic Court* e da *Constrained Court*. As duas hipóteses examinam os fatores que influenciam na atuação das Cortes e no resultado da implementação das decisões. As hipóteses construídas diferem entre si e ao final da obra, o autor afirma que, se determinados fatores estiverem presentes, as Cortes podem ser propulsoras de mudanças sociais, apesar de se inclinar mais favoravelmente à visão da *Constrained Court*.

Entre os fatores que Rosenberg elenca como necessários para que as decisões possam ser implementadas e conduzir a modificações sociais estão: a limitada natureza dos Direitos Constitucionais; os limites na independência judicial; a falta de condições ou habilidade do Judiciário em desenvolver políticas públicas apropriadas e a conseqüente falta de instrumentos para a sua implementação.

Entretanto, admite que essas dificuldades podem ser superadas em determinadas circunstâncias, tais como: quando houver muitos precedentes determinando mudanças; quando houver apoio de um número considerável de congressistas e do próprio Executivo; quando houver apoio de parte considerável da população; e, ainda, se for criado um incentivo adicional para implementação da decisão ou um custo adicional para o caso de não-implementação da decisão; quando houver possibilidade de implementação pelo mercado ou mesmo vontade de implementação por certos setores da Administração Pública.

Canon & Johnson, ao examinar os fatores que influenciam a implementação das decisões e o impacto destas na sociedade, fazem uma análise distinta de Rosenberg, ainda que os pesquisadores utilizem *cases* paradigmáticos da história da sociedade americana para justificarem suas posições. Canon & Johnson afirmam que, entre os fatores ou mecanismos identificados como influentes na maior ou menor efetividade da decisão, está a população para a qual ela é dirigida, ou seja, a reação dessa população à decisão; o espectro ou amplitude de atores sociais atingidos pela decisão; a fundamentação e a justificação utilizadas na decisão; a necessidade da intervenção, ou não, de agentes e recursos públicos para a sua implementação, dentre outros.

Canon & Johnson dividem os grupos de atores sociais em quatro: *the interpreting population, the implementing population, the consumer population and the secondary population*. Junto dessa classificação, o autor analisa o que ele denomina *judicial impact theory*, no que inclui a *legitimacy theory, a utility theory, communications theory e a enviromental theory*.

Conclui, o autor, que a visão de Rosenberg sobre a *Constrained Court* não examina adequadamente a questão, e afirma que as Cortes podem ser propulsoras de mudanças sociais quando presentes determinados fatores.

Como acima adiantamos, Rosenberg, buscando verificar se as Cortes podem ser consideradas propulsoras de mudanças sociais, criou o que ele denomina *Dynamic and Constrained Court View*.¹⁵⁸

*Constraint I: The bounded nature of constitutional rights prevents courts from hearing or effectively acting on many significant social reforms claims, and lessens the chances of popular mobilization; Constraint II: the judiciary lacks the necessary independence from the other branches of government to produce significant social reform; Constraint III: Courts lack the tools to readily develop appropriate policies and implement decisions ordering significant social reform.*¹⁵⁹

¹⁵⁸ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 10.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 13, 15 e 21. Constraint I: A limitada natureza dos direitos constitucionais impede as Cortes de ouvir ou efetivamente agir em inúmeras reivindicações de reforma social a diminui as chances de mobilização popular; Constraint II: o Judiciário não possui a necessária independência dos demais Poderes do governo para produzir significativas reformas sociais; Constraint III: As Cortes não possuem as condições necessárias para prontamente desenvolverem e implementarem políticas públicas apropriadas e que signifiquem reformas sociais. (tradução nossa).

Explica, o autor, as hipóteses da *Constrained Court*, afirmando que o primeiro argumento é que a limitada natureza dos direitos constitucionais retira das Cortes a possibilidade de decidir sobre determinados Direitos ou mesmo contribuir na efetivação de outros Direitos, impedindo uma atuação mais concreta no auxílio às mudanças sociais desejadas e, também, diminuindo as chances de maior mobilização social nesse sentido.¹⁶⁰

Afirma, ainda, que não há a possibilidade de atender a maioria das reivindicações de reformas sociais, porquanto, não há previsão constitucional neste sentido. Explica o argumento afirmando que a Constituição não expressa o direito a uma moradia decente ou a uma adequada previdência social, o Direito ao ar limpo; entretanto, a Constituição prevê o direito à interferência mínima do governo na propriedade privada: “*This may mean that practically significant but legally irrelevant policy matters may remain beyond the purview of the court*”.¹⁶¹

Esse argumento, apesar de não afirmado por Rosenberg, parece-nos ligado à concepção de que a Constituição americana, além de ser uma Constituição sintética, é caracterizada por grande parte da comunidade jurídica, senão a maior parte, como sendo uma Constituição estrutural, de direitos negativos, e não positivos, garantidora dos direitos de liberdade, o que impediria a atuação mais efetiva da Suprema Corte em garantir a implementação de direitos que exijam ação afirmativa, conjunta, dos outros entes públicos.

Essa hipótese é contestada por outros cientistas políticos e, no nosso entender, é somente parcialmente verdadeira. Sem dúvida, a Constituição americana não tem positivado direitos sociais e econômicos, aos moldes das Constituições Pós-Guerra. Também, é verdadeiro que se trata de uma Constituição preocupada com a proteção do indivíduo da interferência, por vezes, nefasta do Estado.

Entretanto, dizemos a pouco que o argumento é somente parcialmente verdadeiro, pois, inúmeras decisões indicam que a ausência de Direitos expressos na Constituição não impediu que determinados conflitos chegassem até a Corte, como acima retratamos, quando

¹⁶⁰ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 13 Constraint I: The bounded nature of constitutional rights prevents courts from hearing or effectively acting on many significant social reform claims, and lessens the chances of popular mobilization.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 11

abordamos a Warren *Court*.¹⁶² São vários os exemplos de garantias e políticas públicas empreendidas sob a chefia do *Justice* Warren, que foram criadas para a população a partir da leitura e da interpretação das normas constitucionais, a começar pelo próprio direito à prática do aborto, que não está expresso em lugar algum na Constituição, ou, ainda, a dessegregação nas escolas, e, no entanto, o direito foi haurido da interpretação das normas constitucionais.

Com isso, não estamos a dizer que a natureza limitada dos direitos constitucionais sustentada pelo autor não seja um fator de desvio de efetividade. Concordamos com Rosenberg que a ausência desses direitos dificultam, sem dúvida, o acesso ao Judiciário, conforme estruturado o sistema legal, mas não significa, por si só, um fator que impeça a Corte de agir no sentido de implementar mudanças qualitativas à sociedade.

Ademais, o exemplo brasileiro bem demonstra que a existência de normas constitucionais, impondo ações ao Estado ou garantindo direitos prestacionais ou de defesa das liberdades, não é sinônimo de imediata aplicabilidade e, muito menos, de garantia de efetividade das decisões. A interpretação constitucional, na aplicação ao caso concreto, é que será determinante, conforme demonstraremos no capítulo atinente aos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional brasileira.

Por outro lado, concordando e corroborando o argumento do autor, deve ser considerado que as doutrinas processuais criadas pela própria Suprema Corte, como *standing*, *ripeness and mootness*, se não dificultam o acesso do cidadão, com certeza, limitam as possibilidades de acesso de determinadas matérias ao Judiciário e à Suprema Corte, como mencionado por ocasião do exame da escolha dos *writs*.

¹⁶² “Why does the American Constitution lack certain social and economic guarantees, which appear in most contemporary constitutions? This essay explores four possible answers: chronological, cultural, institutional, and realist. The chronological explanation emphasizes the fact that in the late eighteenth century, social and economic rights simply were not on the view screen for constitution-makers. The point is correct, but as a complete account, the chronological explanation fails for the simple reason that constitutional meaning changes over time.[...]the realist explanation places a spotlight on the underappreciated fact that the United States Supreme Court came very close, in the 1960s and 1970s, to recognizing social and economic rights under the Constitution. The Court’s refusal to recognize such rights was largely a result of the presidential election of 1968 and in particular of four critical appointments by President Nixon.” Do exemplo americano podemos observar que mesmo com uma Constituição sintética, a doutrina constitucional e a interpretação haurida das normas constitucionais desempenha papel essencial na efetividade da Jurisdição. Veja-se que da observação de SUNSTEIN é possível aferir o quanto as nomeações dos Justices pelo presidente Nixon influenciaram numa mudança de paradigma da Corte, pois, esta, na década de sessenta e setenta, por meio da interpretação das normas constitucionais, ainda que de natureza limitada, esteve bem próxima de reconhecer direitos econômicos e sociais na Constituição, seguindo a posição ideológica do Chief Justice Warren. SUNSTEIN, Cass R. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? University of Chicago Law School. **Public law and legal theory. Working Paper Series**. Paper n. 36. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>> and Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=375622>. Acesso em: 16 jul. 2008.

O segundo argumento da *Constrained Court, the institutional factor*, afirma que o Judiciário não possui a independência necessária dos demais Poderes do Estado para produzir significantes reformas sociais.¹⁶³ Já o terceiro argumento afirma que as Cortes não possuem os instrumentos necessários para, rápida e efetivamente, desenvolverem políticas públicas apropriadas e implementarem suas decisões que produziriam as reformas sociais pleiteadas.¹⁶⁴

O que fica evidente da exposição do autor é que existe, segundo seu entendimento, limites na independência do Judiciário, além de uma natural interdependência com relação aos demais Poderes Executivo e Legislativo, porquanto, atuam em inúmeras situações, em conjunto, com participação ativa das agências e dos órgãos governamentais. Ainda, a sistemática de nomeação dos juízes federais inibe certas atuações: “*Judges do not select themselves. Rather, they are chosen by politicians, the president and the Senate at the federal level*”.¹⁶⁵

Ressalta, o autor, que o fator institucional acaba em inúmeras circunstâncias condicionando as decisões das Cortes, impedindo-as de atuar de forma pró-ativa na garantia de determinadas políticas públicas não implementadas pelos demais Poderes. E, talvez, um dos mais fortes argumentos seja o fato de que o Judiciário não tem à sua disposição, de forma imediata, os mesmos meios, recursos ou instrumentos, que por exemplo, tem o Executivo ao desenvolver e colocar em prática suas políticas públicas e que, por tal razão, o Judiciário, ao buscar implementar medidas que exijam a participação dos outros órgãos do governo, ou que dependam de recursos financeiros e de pessoal, acaba com as decisões sem concreta efetividade.

A further obstacle for Courts effectiveness, assert the believers in the Constrained Court View, is that **significant social reform often requires large expenditures. Judges, in general prohibited from actively politicking and cutting deals, are not in a particular powerful position to successfully order the other branches to expend additional funds. The real problem in cases of reform, Judge Bazelon wrote, is one of inadequate resources, which the courts are helpless to remedy. While** there may be exceptions where courts seize financial resources, they are rare precisely because courts are hesitant to issue such orders which violate separation of powers by in effect appropriating public funds. Even without this concern, courts

¹⁶³ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 15 Constraint II ; The judiciary lacks the necessary independence from the other branches of the government to produce significant social reform. (tradução nossa).

¹⁶⁴ Ibid., p. 21 Constraint III; Courts lack the tools to readily develop appropriate policies and implement decisions ordering significant social reform. (tradução nossa).

¹⁶⁵ Ibid., p. 13.

ultimately lack the power to force state governments (or the federal government) to act because if governments refuse to act, there is little courts can do. They are unlikely to hold governors, legislators, or administrators in contempt or take dramatic action because such action sets up a battle between the branches that effectively destroys any chance of government cooperation.”¹⁶⁶ (grifo nosso)

Além do mais, afirma Rosenberg, os Tribunais possuem consciência dos seus limites de competência e procuram não extrapolar o seu poder, tendo em vista a Teoria da Separação dos Poderes, respeitando as competências dos demais Poderes da Nação. Somando-se à indisponibilidade de recursos, o autor afirma que a burocracia é fator que deve ser levado em conta pelo juiz ao emitir uma ordem a ser cumprida por administradores ou pelo Legislativo.

Constrained court view supporters claim that **judges often have incomplete knowledge of the resources available or of the power dynamics of the institution or bureaucracy that appears before them. A common result is that judicial reform decrees may lack a realistic sense of available resources.**¹⁶⁷ (Grifo nosso).

Mas admite Rosenberg que, se certos requisitos forem combinados, segundo a *Dynamic Court view*, as Cortes podem ser efetivas e produtoras de alterações sociais significativas, em situações tais como: quando houver o apoio de grande parte da população; o apoio do Congresso ou do Executivo, o que envolveria toda uma facilitação na disponibilidade de recursos e vontade política, confirmando a noção de limites na independência deste Poder.

Essa hipótese demonstra que a atuação dos demais atores sociais para a efetivação das decisões, é fundamental, ainda mais em casos que envolvam a criação e ou o

¹⁶⁶ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 18-19. Outro obstáculo, segundo os defensores da Constrained Court view é que significativas reformas sociais exigem o dispêndio de altas quantias de recursos públicos. Os juízes, em geral estão proibidos de atuar politicamente, de fazer conchavos ou fechar acordos políticos, não estão numa posição privilegiada para determinar aos outros Poderes a implementação de gastos públicos adicionais. Segundo o Juiz Bazelon, o real problema, nos casos de reforma, é o de recursos inadequados, o qual o judiciário não tem como remediar. Ainda que existam situações em que as Cortes possam bloquear recursos, elas são raras, pois, as Cortes hesitam em emitir ordens de bloqueio de recursos públicos que possam ferir o princípio da Separação de Poderes. Em último caso, mesmo que esta não seja a preocupação, as Cortes não possuem o poder de forçar os governos estaduais (ou o governo federal) de agir. Porque, se os governos se recusarem a agir, pouco as Cortes poderão fazer. Dificilmente, as Cortes utilizarão o Contempt of Court contra o chefe do Executivo ou do Legislativo, pois, tais batalhas entre os Poderes, na realidade, destroem as possibilidades de atuação conjunta efetiva. (tradução nossa).

¹⁶⁷ Ibid., p. 20 Sustentam, ainda, os defensores da Constrained Court view que os juízes não possuem suficiente conhecimento sobre os recursos disponíveis, da dinâmica da instituição ou da burocracia que tem que ser enfrentada. O resultado comum de decisões judiciais determinando reformas é que estas não possuem o senso real dos recursos disponíveis.

desenvolvimento de políticas públicas que necessitem a atuação direta dos órgãos da administração executiva.

A visão da *Constrained Court*, segundo Rosenberg, vem, em parte, confirmada por McCann, quando este afirma que as Cortes Federais, em inúmeras ocasiões, não deram apoio, não corrigiram e nem demonstraram o interesse de bloquear inúmeras iniciativas discriminatórias nas políticas salariais e na reforma destas; somente em alguns casos a interferência foi positiva.¹⁶⁸

Most early court decisions rejected evidence of wage discrimination involving different jobs and interpreted the amendment as limiting Title VII to the equal work standard of the Equal Pay Act, although some decisions did enforce provisions for equal pay in jobs that are different in some respects but still substantially similar (often called comparable work).¹⁶⁹

Mas, o próprio Rosenberg questiona as hipóteses da *Constrained Court*, afirmando que, se tais argumentos são plausíveis, como justificar o fato de que, desde a metade do século XX, as Cortes sempre estiveram envolvidas em disputas que tratassem sobre significativas reformas sociais, e tantos advogados, doutrinadores, movimentos civis, políticos etc., têm escrito a respeito, afirmando o contrário? E, por que, então, existe tamanha controvérsia na literatura americana sobre o papel e a atuação das Cortes na América, muitos, afirmando o valioso papel destas no desenvolvimento de uma sociedade menos desigual e menos discriminatória?

After all, since the mid-twentieth century or so courts have been embroiled in controversies over significant social reform. Many lawyers, activists and scholars have acted or written with the belief that the constraints are weak or non-existent and can easily be overcome. Indeed, the whole modern debate over judicial activism makes no sense if the constrained court view is correct. [...]then why has there been such political, academic and judicial concern with

¹⁶⁸ McCANN, Michael W. **Rights at work**: pay equity reform and the politics of legal mobilization. Chicago: University of Chicago Press, 1994. p. 4.

¹⁶⁹ Ibid., p. 36 Muitas decisões judiciais rejeitavam as evidências existentes de discriminação salarial envolvendo diferentes trabalhos, e interpretavam a Emenda Constitucional relacionada ao Título VII somente a igualdade de remuneração aos standards de trabalho especificados no Equal pay Act, ainda que, algumas decisões tenham reconhecido o direito à remuneração idêntica à funções cujas atividades não sejam exatamente idênticas, porém similares.(muitas vezes chamadas de trabalho comparável). (tradução nossa).

the role of the courts in America?¹⁷⁰

Exatamente questionando a ampla literatura que ressalta o papel fundamental dos Tribunais para o desenvolvimento social, Rosenberg levanta as hipóteses da *Dynamic Court*. Essa visão afirma que as Cortes são produtoras de significantes reformas sociais e que, em determinadas situações, as Cortes são mais efetivas que os outros Poderes do Estado ou outras Instituições.¹⁷¹

Para sustentar a visão da *Dynamic Court*, o autor afirma que se presentes certas condições, todas as *constraints* podem ser superadas, em especial, quando houver muitos precedentes determinando mudanças; quando houver apoio de um número considerável de congressistas e do próprio Executivo; quando houver apoio de grande parte da população; quando for criado um incentivo adicional para implementação da decisão ou um custo adicional para o caso de não-implementação da decisão; ainda, quando houver a possibilidade de implementação pelo mercado e vontade de implementação por certos setores da Administração Pública.

When certain conditions are met, courts can be effective producers of significant social reform. These conditions occur when: there is ample legal precedent for change; there is support for change from substantial numbers in Congress and from the executive; support from the citizens; and either positive incentives to induce compliance; costs are imposed to induce compliance; allow market implementation; or administrators and officials are willing to act.¹⁷²

¹⁷⁰ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 21. Pois, desde a metade do século XX, mais ou menos, as Cortes têm estado envolvidas em controvérsias sobre significantes reformas sociais. Muitas advogados, ativistas e doutrinadores têm atuado ou escrito na crença de que os fatores prejudiciais são fracos ou inexistentes e que podem ser facilmente superados. Na realidade, todo o debate sobre o ativismo judicial moderno não faz qualquer sentido, se a visão da Constraint Court estiver correta. [...] então, por que existe tanta preocupação política, acadêmica e judicial sobre o papel das Cortes na América? (tradução nossa).

¹⁷¹ Como exemplo temos os cases que tratam do sistema presidiário que foi reestruturado e sofreu à partir destas decisões várias reformas no sentido de trazer condições mais humanas aos detentos. Temos o exemplo do Judiciário atuando diretamente na supervisão das escolas para conferir a garantia de acesso aos negros a partir da decisão *Brown v. Board of education*, ou ainda o direito a prática do aborto, entre outros.

¹⁷² *Ibid.*, p. 36. Quando certas condições estiverem presentes as Cortes podem ser efetivas produtoras de significantes reformas sociais. Estas condições ocorrem quando: Vários precedentes favoráveis forem proferidos determinando mudanças; há suporte para as mudanças de considerável parcela do Congresso e do Executivo; suporte da população; e, tanto, incentivo para a implementação das decisões quanto a imposição de ônus para a implementação; a implementação da decisão pelo mercado ou a vontade de administradores e outros funcionários públicos em atuar. (tradução nossa).

Por evidente, as conclusões apresentadas por Rosenberg exigem a intermediação dos operadores do Direito nesse sistema e, igualmente, dos inúmeros fatores que induzem à interpretação de uma determinada política judicial expressa na decisão proferida pela Suprema Corte americana, como afirmamos, ao abordar a interpretação constitucional e as várias posições ideológicas expressas na decisão.

As hipóteses eleitas pela *Dynamic Court view*, sem dúvida, podem facilitar ou ampliar o espectro de atuação das decisões judiciais e, portanto, propiciar maior efetividade jurisdicional; entretanto, não deve ser esquecido que o objetivo final é o atendimento jurisdicional à sociedade e que deve ser combatida a noção de insuficiência ou de limitação da Jurisdição.

McCann, ao final, também admite, a importância das normas legais, das decisões judiciais e do debate que se desenvolve depois de proferidas, na mobilização da sociedade. *“Nevertheless, I contend that legal norms significantly shaped the terrain of struggle over wage equity; and, concurrently, that litigation and other legal tactics provided movement activist an important resource for advancing their cause.”*¹⁷³

A posição de Rosenberg de que as Cortes somente produzem mudanças marginais e de que estas, atuando sem o apoio das demais Instituições, praticamente estão impossibilitadas de produzir alguma mudança social significativa, devido às *constraints* suscitadas, é disputada por Canon & Johnson. *Certainly American courts are not all powerful institutions as Rosenberg reminds us. But they, and particularly the Supreme Court, have had a primary role in achieving social reforms during the last half century. We must reject the judicial impotence hypothesis.*¹⁷⁴

Como lembram os autores, talvez a maior dificuldade de implementação das decisões decorra da necessidade de atuação dos outros Poderes da Nação, mas nem sempre essa interferência é necessária; em inúmeros casos, a implementação das decisões envolve

¹⁷³ McCANN, Michael W. **Rights at work**: pay equity reform and the politics of legal mobilization. Chicago: University of Chicago Press, 1994. p. 4. Contudo, as normas legais foram importantes na luta pela igualdade salarial. E, atualmente, esse tipo de litígio e outras táticas legais são importante fonte nas melhorias e alcance dos objetivos nessa área.

¹⁷⁴ CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 217. Certamente, as Cortes americanas não são instituições tão poderosas como Rosenberg nos relembra. Mas elas, e em especial, a Suprema Corte têm tido um papel importante no alcance de reformas sociais na última metade do século. Nós temos que rejeitar a hipótese de impotência do Judiciário. (tradução nossa).

reformas cuja implementação não exige meios sofisticados para as metas serem atingidas. Tal observação serve, igualmente, à análise do nosso sistema. Várias são as dificuldades para dar efetividade às decisões judiciais no nosso sistema quando é exigida a implementação pelos demais Poderes da Nação, muito pelo reflexo das crises que o Estado vivencia, como mais adiante sustentaremos.

Rosenberg reconhece que grande parte das políticas públicas de assistência aos carentes, (*needed*) já está regulamentada pela via legislativa; assim, o debate se estabelece não tanto quanto à possibilidade da criação de políticas públicas, mas, muito mais, na dificuldade de sua implementação pelo Judiciário.

Canon & Johnson afirmam que, para analisar a contribuição do Judiciário na criação e na implementação de políticas públicas e em que medida as decisões são implementadas, com efetividade na sociedade, passa-se por várias categorias de atores: os que interpretam o Direito; os que implementam as decisões; os que são diretamente afetados pela decisão e os que recebem as decisões ou sofrem indiretamente os seus efeitos.

Esse grupo de atores é a comunidade como um todo, a população do país, ou, conforme o caso, um grupo reduzido de indivíduos, pois, o efeito das decisões poderá ser direto ou indireto. Como o sistema da aplicação do precedente permite que uma decisão da Suprema Corte Nacional ou da Suprema Corte de um Estado se torne o “Direito” aplicável para aquele tipo de caso, as decisões beneficiarão, ou não, amplo espectro da população. Típico exemplo dessa vinculação é uma ordem judicial dirigida a um órgão governamental, deferindo, ou não, determinadas vantagens salariais a funcionários, a determinação de implementação de medidas que resguardem a segurança em ambientes de trabalho, o remanejamento de pessoal, decisões essas que exigem implementação administrativa e, também, geram reflexos econômicos e orçamentários.

Resulta que a interpretação que os juízes das instâncias inferiores derem ao precedente será efetivamente o ponto de partida para que se verifique o destino da política judicial expressa na decisão superior. Tanto é assim que os demais membros da comunidade, que serão os responsáveis pela implementação das decisões, buscam no Judiciário as respostas

às suas indagações, buscando saber como cumprir as decisões às quais estão vinculados, entrando em jogo o que o autor denominou de *judicial impact theory*.¹⁷⁵

Conseqüentemente, a interpretação que for dada pelos juízes é vital, haja vista que suas decisões obrigam as partes e a sociedade, de uma forma mais ampla, ao passo que a interpretação dada pelos demais intérpretes, ou seja, pelos advogados, promotores etc., poderá contribuir para a implementação da decisão, mas em menor grau de intensidade, não vinculando os demais atores.

Canon & Johnson afirmam que vários fatores determinam liberdade (maior ou menor), aos juízes de instâncias inferiores ao interpretarem o precedente. Fonte importante de liberdade é o fato de muitas, ou, talvez, a maioria, das decisões das Supremas Cortes Estaduais serem decisões finais, porquanto, somente um percentual muito pequeno de *certioraris* chega à Suprema Corte americana e sofre a respectiva apreciação, conforme já demonstramos.

Um pouco diferente é o caso das decisões de competência do Judiciário Federal. Os juízes federais sofrem pressão maior de sua Corte Superior, por causa da proximidade com a Suprema Corte americana. Porém, ainda assim, apesar da proximidade dos juízes federais com a Suprema Corte, estes gozam de maior independência ao decidir, pois não sofrem pressão direta da população para garantia da sua função, porque não eleitos pela comunidade, mas, sim, nomeados pelo Executivo.

Contudo, é importante referir que os juízes de Cortes inferiores se sentem eticamente vinculados e moralmente obrigados a fazer honestas interpretações do precedente estabelecido pela Corte Superior, porque são preocupados com a sua reputação profissional e com o senso de justiça. Além disso, existe, entre os juízes, a compreensão da necessidade de respeitar o

¹⁷⁵ Researches contend that people's responses to a new policy are shaped by their preexisting attitudes toward the policy or toward things symbolized by or associated with the policy or the agency making the police. [...] They color reactions to judicial decisions as well as to other political events. Nonetheless, we all have what might be termed a zone of indifference in relation to some policies. That is, for some policies either we have no preexisting opinions or we hold them so weakly that they do not significantly affect our acceptance and response decisions. Whether a policy falls inside or outside the zone depends upon some nonattitudinal factor, such as external pressures and how the policy affects daily life. But there are also some general attitudinal patterns that researchers have noted. These patterns are explained by what we call psychological theories of judicial impact. CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 156.

precedente para que o sistema em si não desmorone, não caia em descrédito e não se gere instabilidade jurídica, razão pela qual buscam respeitar e reafirmar a doutrina do precedente.

A disposição do juiz em aceitar a política judicial constante no precedente influencia muito na sua atitude. A maioria dos juízes aplica o precedente com bastante fidelidade. Mas, como todo ser humano, quando a decisão envolve questões de relevo social, econômico ou político, principalmente na sociedade americana, como, por exemplo, temas sobre a segregação racial, a religião, o aborto, a liberdade de expressão, o uso de entorpecentes, o uso de armas, as indenizações por crimes ambientais, temas, enfim, que geram conflitos de amplitude nacional, o juiz pode não concordar com o precedente e tentar fugir à sua aplicação.

Nesses casos, dificilmente a interpretação dada ao precedente não refletirá o posicionamento individual do magistrado, e a interpretação poderá acabar se desvinculando do precedente estabelecido pela Corte Superior, permitindo que a interpretação individual do julgador influencie na maior ou menor efetividade do sistema com a utilização do *distinguishing*, como acima já salientamos.

Outro fator que influencia na efetividade da decisão e que determina a aceitação ou não da política expressa pela Corte Superior é a pressão favorável ou desfavorável da comunidade política, econômica e social a que o juiz estadual de primeira instância está vinculado. Tal fator pode se tornar meio de desvio da aplicação do precedente, conforme o grau de pressão a que o julgador estiver sujeito, idéia que se associa à falta de independência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, questão explorada por Rosenberg e confirmada por Canon & Johnson.

Preocupações com possível reeleição ou promoção, com publicidade negativa, com a reação dos próprios colegas, enfim, acabam causando pressão no juiz que tem a obrigação de interpretar o precedente, e este pode, eventualmente, até ultrapassar a ideologia e a carga valorativa pessoal para a decisão.

Exemplos claros desses fatores são conhecidos pelas interpretações que foram dadas a casos específicos e que se tornaram paradigmáticos, como *Roe versus Wade*,¹⁷⁶ que tornou legal o aborto nos EUA; a decisão julgou inconstitucional a lei do Estado do Texas que

¹⁷⁶ 410 U.S. 113 (1973).

proibia o aborto, entendendo que a mesma feria o Direito Constitucional garantido a todos os cidadãos, neste caso, às mulheres, o direito à privacidade (*right of privacy*). A decisão afetou diretamente a lei do Estado do Texas, mas, também, afetou, indiretamente, todos os demais Estados da Federação que tinham leis proibindo o aborto.

Como forma de boicotar a decisão da Suprema Corte, os Estados com maioria mais conservadora limitaram a prática do aborto com legislações restritivas ao acesso, sendo tais confirmadas pelo suporte dado pelo Judiciário estadual. São inúmeras as legislações estaduais que exigem da mulher que pretende abortar que consiga a concordância, para a prática do aborto, do suposto pai do filho, ou que este forneça o material genético, o que acaba, indiretamente, limitando o acesso ao aborto, sem, no entanto, ofender o precedente estabelecido pela Suprema Corte.

Depois da interpretação dada à lei em tela, pela Suprema Corte, surgiram inúmeras questões que não haviam sido objeto de abordagem pela Corte em referência, como o “direito do pai da criança em impedir o aborto”. Algumas das respostas dadas pelas Cortes inferiores a este argumento, foram as seguintes: a decisão da Suprema Corte afirmara ser, o aborto, um direito exercitável, exclusivamente, pela mãe, e não poderia ser objeto de interferência de outros sujeitos privados ou públicos. Outras Cortes entenderam que a ausência de manifestação expressa sobre esse *issue* permitia a limitação imposta pelas leis estaduais, fazendo uma leitura restritiva do precedente.

Todavia, a situação possibilitou o não-cumprimento da decisão em alguns Estados, inclusive, com a edição de leis dificultando o acesso à prática do aborto, criando-se, com isso, alternativas de desvinculação do precedente, por um determinado tempo, impedindo que inúmeros abortos fossem praticados.

Também não havia qualquer referência, na decisão, de que forma as mulheres poderiam, a partir de então, fazer uso desse direito; com efeito, não havia qualquer menção até que mês de gestação seria permitido o aborto; se o direito teria que ser garantido de forma gratuita pelos hospitais (o que implicaria seu custeio) ou somente em clínicas privadas.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Essa limitação da prática do aborto em hospitais que atendessem pela rede pública confirma a *constraint II* de Rosenberg quanto à indisponibilidade de recursos para atendimento de determinados serviços públicos de saúde. Nesse caso os hospitais públicos negavam acesso às mulheres com base nas leis estaduais que não previam esse serviço de atendimento gratuito.

Na ocasião em que a decisão foi proferida pela Suprema Corte, milhares de mulheres espalhadas por todo o país realizaram abortos, mas, ao mesmo tempo, surgiram grupos extremamente fortes e bem organizados de apoio à vida (ex: instituições religiosas), fazendo pressão sobre o Judiciário e, ainda, inúmeras leis de iniciativa do Congresso ou dos Legislativos Estaduais, proibindo o uso de verba pública recebida do governo para a prática de abortos pelos hospitais ou clínicas, restringindo o abortamento àquelas mulheres que pudessem pagar pelo procedimento.

Outra decisão paradigmática da Suprema Corte Americana, e que gerou muita controvérsia, sendo de difícil implementação, foi “*Brown versus Board of Education*”,¹⁷⁸ que proibiu a segregação, em escolas públicas, de crianças negras, ou seja, com base na raça, pois violava o princípio constitucional de igualdade.¹⁷⁹

Esse precedente, durante muitos anos, gerou grande controvérsia devido à linguagem utilizada na decisão, como acima exemplificamos. Dita linguagem propiciou que as instituições a ela sujeitas não agissem com a devida diligência e rapidez na implementação da medida, porquanto, estava por ela autorizado que a dessegregação deveria prosseguir com “deliberada velocidade”.¹⁸⁰

Somente treze anos mais tarde, em outra decisão, a Corte tomou medidas concretas alterando os termos do precedente, determinando que os Conselhos e Diretorias de escolas tomassem atitudes concretas no sentido de acabar com a segregação. Assim, a Corte, na decisão *Green versus School Board of New Kent County* (de 1968), determinou atitudes concretas pelas escolas no cumprimento da sentença.¹⁸¹

Todavia, confirmando a visão da *Constrained Court*, no que concerne à ausência de independência do Judiciário em relação aos demais Poderes, Rosenberg ressalta que havia suporte da elite, nos anos anteriores, para a dessegregação até a decisão de Brown, mas, as

¹⁷⁸ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁷⁹ Equal protection clause.

¹⁸⁰ The Court said that desegregation should proceed with all deliberate speed. This is an inherently vague phrase, “deliberate” rather than “speed”. (Brown v. Board II, 1955, 301). CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999.

¹⁸¹ Racial segregation, for example, did not end with the announcement of Brown v. Board of education in 1954. Ten years after the Supreme Court decided that separate but equal is inherently unequal, a great majority of the South’s Black students continued to attend overwhelmingly black schools. The Court’s policy was given meaning only after considerable efforts by lower Courts; the department of Justice; the department of health, education and welfare; Congress and civil rights groups. CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 2.

evidências indicam que, após a decisão ter sido proferida, esse suporte foi desintegrado, em especial, o apoio do Congresso.

In the years following *Brown*, however, that support was withdrawn. Court decisions in free speech and subversion, criminal procedure, and, of course, desegregation, enraged many members of Congress and concerted attack on the Court was launched. Over fifty Court-curbing bills were introduced into Congress as an alliance of segregationists, cold warriors, and right-to-work advocates teamed up to curb the Court.¹⁸²

Igual situação ocorreu em relação à política de defesa gratuita aos que respondiam processos criminais. Tomemos, por exemplo, o caso concreto *Gideon v. Wainwright*,¹⁸³ decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em março de 1963. O *case* trata de um acusado do Estado da Flórida, que foi condenado pelo crime de invasão de propriedade e outras ofensas menores. A Corte de primeira instância negou o pedido do acusado para que lhe fosse nomeado um defensor público. A negativa teve por base decisões anteriores do Judiciário, que reconheciam o direito a ser assistido por defensor público somente aos acusados de crimes cuja pena fosse de morte, ou seja, pena capital.

Após a condenação, Gideon interpôs recurso de *habeas corpus* dirigido à Suprema Corte do Estado da Flórida, atacando a sua condenação, argüindo que a mesma infringia direitos constitucionais seus, ante a recusa do Tribunal inferior de lhe assegurar um defensor público. A Suprema Corte Estadual negou provimento ao apelo, o que motivou a interposição do *writ of certiorari* para a Suprema Corte Americana que, revertendo seu posicionamento anterior, em *Betts versus Brady*,¹⁸⁴ que era no sentido de que a cláusula do devido processo legal não exigia que o Estado, em todos os casos, e independente das circunstâncias, fornecesse um defensor a um acusado indigente.

Na opinião do *Justice Black*, expressando o posicionamento de outros sete membros da Corte, foi decidido que a 6ª. Emenda Constitucional, aplicada, até então, somente aos

¹⁸² ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 74. Nos anos posteriores a decisão *Brown*, entretanto, o suporte foi retirado. As decisões das Cortes quanto a liberdade de expressão, processo penal e dessegregação descontentaram muitos membros do Congresso e provocaram reações coordenadas contra as Cortes. Mais de 50 projetos de lei foram propostos no Congresso pela aliança dos contrários à dessegregação, dos adeptos à lei fria, dos advogados trabalhistas buscando limitar as decisões das Cortes. (tradução nossa).

¹⁸³ 372 U.S. 335 (1963).

¹⁸⁴ 316 U.S. 455, 86 Led 1595, 62 S Ct 1252.

acusados em Cortes federais, prevendo que em todos os processos criminais, o acusado tem direito a um defensor, seria também estendida aos acusados em Cortes estaduais, tendo em vista a 14^a Emenda Constitucional. *Reason and reflection requires us to recognize that in our adversary system of criminal justice, any person haled into court, who is too poor to hire a lawyer, cannot be assured a fair trial unless counsel is provided for him. This seems to us to be an obvious truth.*¹⁸⁵

Com essa decisão, a Corte, revendo seu precedente, concluiu que a nomeação de um defensor ao acusado em qualquer procedimento criminal se constituía um direito fundamental garantido pela 14^a Emenda, aplicável aos Estados, assim como a 6^a Emenda o assegurava em nível federal.

Entretanto, apesar de toda a publicidade gerada pelo precedente, muitos anos se passaram para que o direito, então considerado constitucional, viesse a ser implementado em todos os Estados, porquanto, dependia de recursos financeiros não disponíveis ao Judiciário, e da instituição de programas de implementação dessa política por ele criada pelos órgãos administrativos do Executivo, vindo a confirmar a hipótese suscitada por Rosenberg em torno da necessária atuação dos demais Poderes para a implementação de políticas que envolvam direitos sociais.

No artigo *Beyond Gideon 25 Years Later, the right to Counsel is not always assured*,¹⁸⁶ foi afirmado pelo grupo *The Spangenberg* que todos os Estados possuem um certo sistema que fornece defensoria aos criminosos indigentes, apesar de que defensores não serão fornecidos em todos os procedimentos penais. Eles confirmam que a administração, a organização e a disponibilidade de recursos muda de Estado para Estado.

¹⁸⁵ 372 U.S. 335 (1963). A razão e a reflexão exigem que se reconheça que, diante de um sistema adversário como o nosso, de justiça criminal, qualquer pessoa trazida à Corte, que não tenha condições de contratar um advogado particular, não poderá ter garantido um julgamento justo, se não lhe for fornecido um defensor. Isto, nos parece uma verdade elementar. (tradução nossa).

¹⁸⁶ “Beyond Gideon 25 Years Later, the Right to Counsel is not always assured, is said that research conducted by The Spangenberg Group has found that each state has some mechanism by which indigent defendants are provided with counsel, though counsel may not be appointed for all cases involving indigent defendants [...] The administration, organization and funding of these services varies from state to state. Three program types - assigned counsel, contract attorney and public defender - have evolved for the provision of representation”. (KAPUSCINSKI; Beyond Gideon. 25 years later, the right to counsel is not always assured. **The Los Angeles Daily Journal**, Los Angeles, n. 66, p. 4, col. 25).

Em outro artigo escrito por Kamisar, é afirmado que a decisão foi aplaudida e bem recebida em geral na comunidade, com grande consenso, por exemplo, na Flórida, Estado em que o precedente teria que ser aplicado, porquanto, foram as leis daquele Estado que foram controvertidas no precedente da Suprema Corte; na Flórida, houve, imediatamente, a criação de uma defensoria para representar todos os acusados, já condenados, inclusive, com a pena capital, para que seus procedimentos fossem revistos.

Em outros Estados, como o Texas, apesar de contar com mais de 250 acusados aguardando a data de sua execução, não houve uma boa recepção do precedente pela Administração e pelo próprio Judiciário, e a decisão só foi parcialmente aplicada de modo a conceder defensor público para os processos em andamento até a fase de interposição de recurso da primeira à segunda instância; para além dessa fase, o acusado não contaria com defensor público.¹⁸⁷

Tudo isso, repitimos, foi resultado da forma como a decisão foi redigida, ressaltando a importância da *interpreting population e da implementing population*, segundo Canon & Johnson. Justice Harlam, apesar de concorrer no voto da maioria, no *dictum*, destacou:

The special circumstances rule has been formally abandoned in capital cases, and the time has now come when it should be similarly abandoned in non capital cases, at least as to offenses which, as the one involved here, carry the possibility of a substantial prison sentence. Whether the rule should extend to all criminal cases need not now be decided. This indeed does no more than to make explicit something that has long since been foreshadowed in our decisions”.¹⁸⁸

Esses argumentos foram muito utilizados pelos Estados que não receberam bem a decisão da Suprema Corte e passaram, reiteradamente, a desviar do seu cumprimento, de sorte que, até hoje, não existe, na maioria dos Estados, a obrigação estatal de fornecer ao réu defensor gratuito depois do julgamento de primeira instância. É verdade que o número de organizações não

¹⁸⁷ KAMISAR. Problems remain 25 years after Gideon decision. **Chicago Daily Law Bulletin**, Chicago, v. 134, n. 54, p. 2, col. 28, 18 Mar., 1988.

¹⁸⁸ 372 U.S. 335 (1963). “A regra de as circunstâncias serem especiais somente onde houver pena capital deve ser abandonada, e devem ser avaliadas as circunstâncias em outros tipos de crime, onde a possibilidade de sentenças bem rígidas venham a ser aplicadas. Se esta decisão deve ser estendida a todos os procedimentos penais em julgamento na atualidade, não precisa ser decidido agora”. (tradução nossa).

governamentais que oferecem, gratuitamente, defensor cresceu significativamente, mas a prática não é uniforme em todos os Estados.¹⁸⁹

O que contribui para minimizar essa ausência de defensoria gratuita é que, em todos os Estados, a Ordem dos Advogados¹⁹⁰ exige, por meio de seus Estatutos, que os advogados cumpram um determinado número de horas chamadas *pro bono hours*, dedicando-se à defesa dos necessitados.

Os efeitos diretos das políticas públicas desenvolvidas pelo Judiciário são muito mais sentidos na área penal. Exemplo clássico conhecido por todos é a decisão da Suprema Corte no caso *Miranda versus Arizona*.¹⁹¹ A partir dela, todo e qualquer suspeito que fosse questionado, interrogado, teria que ser advertido de seus direitos antes de qualquer resposta aos policiais que os estavam inquirindo. As pessoas tinham, ademais, o direito de se manterem em silêncio, já que qualquer coisa que fosse dita poderia ser usada contra elas no Tribunal; igualmente, a polícia deveria suspender o interrogatório, após a solicitação de um defensor, e quanto a isso, os acusados em geral também devem ser inteirados.¹⁹²

Muita controvérsia se estabeleceu e essa decisão gerou conflitos nos atores sociais que teriam que implementá-la, em sua grande maioria, a força policial que, imediatamente, se manifestou contrária à mesma, pois regulava a sua atuação. Entretanto, apesar da oposição da Polícia, a decisão foi aceita e compreendida pela comunidade, assimilando que suspeitos criminais devem ter direitos garantidos, nesse caso, ampliados pela decisão.

O precedente gera controvérsia até hoje, e nas décadas posteriores à decisão, inúmeras confissões tiveram de ser desconsideradas, pois, aos acusados não havia sido feita a advertência de que poderiam ficar silentes, o que corroborou ainda mais no descontentamento da Polícia e do setor responsável pela segurança em geral.

¹⁸⁹ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 330.

¹⁹⁰ The Bar Association requires lawyers to do pro bono work. A ordem dos advogados exige com diferenças entre Estados, que cada advogado dedique um número X ou Y de horas “pro bono”.

¹⁹¹ 384 U.S. 486 (1966).

¹⁹² “[...] prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has the right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The Court also held that once the suspect requests an attorney all questioning has to stop, and that the police may not question suspects who indicate they do not wish to talk, even if they have already answered some questions or made some statements”.

Já a decisão *U.S. versus Salerno*¹⁹³ foi bem recebida pela comunidade jurídica, em especial, pelos promotores, pela Polícia, como, também, pela sociedade, uma vez que a Suprema Corte considerou constitucional a Lei *Bail Reform Act*, de 1984, que permite aos juízes negarem liberdade, mediante o pagamento de fiança, para acusados, se entenderem que existe risco de que estes cometam outros crimes enquanto em liberdade sob fiança.

Existem decisões que, ao serem proferidas, geram grande controvérsia na população, e mesmo atitudes contrárias à aceitação, ou de direto efeito, como demonstrado no exemplo acima, no caso *Roe versus Wade*, com a política de assegurar à população feminina de todo o país a prerrogativa da decisão sobre o abortamento. É claro que a reação da população será negativa, se houver, de sua parte, uma percepção de falta de legitimidade na decisão que deve ser implementada. Decisões unânimes geram, sem dúvida, maior aceitação pública; já uma Corte dividida tende a fragilizar a decisão e abrir espaço para acolhimento dos votos divergentes, e, por conseguinte, a fomentar o questionamento da sua legitimidade.

Os exemplos acima evidenciam que a atuação de um Judiciário forte e participativo depende, em muitas ocasiões, do envolvimento dos demais Poderes e dos recursos financeiros disponíveis, ou seja, recursos públicos do Estado que estão em controle dos órgãos do Executivo e do Legislativo, como salientado por Rosenberg, sobre o qual, já acentuamos, o Judiciário não possui imediata disponibilidade. Resulta que, em determinadas situações, o Judiciário prefere aguardar a implementação das medidas pelo Legislativo e pelo Executivo, com atribuição para tal, postergando o seu desgaste com a implementação das suas decisões, dando primazia a quem, pela ordem, cumpre implementá-las.

Tais exemplos, igualmente, demonstram, a importância da atuação dos demais atores sociais, em especial, as elites ligadas aos demais Poderes (Legislativo e Executivo), confirmando a tese de Canon & Johnson, quando tratam da importância da aceitação da política criada pela Corte pela *interpreting population, implementing population e consumer population*.

Em vista dessas posições divergentes, Canon & Johnson sustentam que a teoria do impacto das decisões exige a análise conjunta e o exame combinado de várias outras teorias,

¹⁹³ 481 U.S. 739 (1987).

como a teoria da legitimidade, ou, ainda, das teorias utilitária, da comunicação, da ambiental dentre outras.

The development and testing of theories are essential parts of social science research, for only with theories can scholars explain what they have observed and decide where to proceed with further research. [...] Thus, it appears that judges serving as interpreters can be influenced by their attitudes, factors associated with the communication of a higher court's decision, commitments to past policies (inertia), and pressures coming from the political or social environment. Similar observations can be made for other populations where different combinations of positive findings point to the potential influence of many factors in accounting for responses to judicial policies."¹⁹⁴

Ressaltam Canon & Johnson, que a teoria da legitimidade ocupa um espaço central nesse enfoque, pois, a noção de legitimidade é interligada a vários outros fatores e a percepção da população de que, quem está ordenando tem realmente a legitimidade para tal, é muito importante. *“Of course, not everyone accepts the Court’s legitimacy uncritically. Some people may accept the Court’s authority in general, but feel that particular Court decisions are illegitimate because they violate some cherished principle such as majority rule, federalism, or separation of powers.”*¹⁹⁵

Em relação à teoria da comunicação, os autores destacam se tratar de um processo de vários níveis, desde a redação do julgado, a divisão da Corte na decisão, passando, ainda pela população que interpreta as decisões, os juízes, em especial, e a classe dos operadores do direito, as pessoas direta e indiretamente afetadas, e conclui afirmando que *“is reasonable to assume that the communicative process has particular effects on the chain of events following a judicial decision [...] The perspective shared by many legal scholars, holds that responses*

¹⁹⁴ CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 183. O desenvolvimento e testes de teorias são parte essencial das ciências sociais e da pesquisa, pois, somente com as teorias pode a Academia explicar as suas observações e prosseguir com mais pesquisas. [...] assim, parece que os juízes, como intérpretes, podem ser influenciados com suas atitudes, fatores associados com a comunicação das decisões das Cortes Superiores, o comprometimento com políticas passadas e pressões vindas do ambiente político e social. Observações similares podem ser feitas para outras populações onde a combinação de resultados positivos apontam para a influência de muitos fatores nas respostas às políticas judiciais. (tradução nossa).

¹⁹⁵ Ibid., p. 157.

*to a Supreme Court decision are affected positively by the persuasiveness of the opinion announcing the decision*¹⁹⁶.

Mas, assim como as várias teorias aplicadas aos atores sociais podem explicar a existência de dificuldades de implementação das decisões, também, vários fatores e instrumentos auxiliam na otimização da efetividade da Jurisdição, conforme destacado pelos autores, questão sobre a qual adiante nos ocuparemos.

2.3.3 Mecanismos de Otimização à Implementação das Decisões

Como destacado pela literatura jurídica, quando determinados fatores forem combinados, o Poder Judiciário pode, implementar reformas sociais qualitativas e ser propulsor de mudanças sociais.

Vários são os exemplos¹⁹⁷ concretos de forte e real atuação do Poder Judiciário na implementação de suas decisões que importaram em melhoria sociais nos Estados Unidos. Uma das formas de atuar concretamente na implementação da decisão e no controle da implementação da mesma é a utilização, pela Corte de um *Master*. O sistema, com efeito, permite que o Judiciário controle e atue na aplicação da sentença, mediante a nomeação de um ‘*Master*’, algo que em nosso sistema se assemelharia à figura do síndico, do liquidante, do administrador da insolvência civil, podendo denominar de “perito ou administrador judicial”, entretanto, com maior poder e maior liberdade de ação, buscando efetivar a decisão e impedir que a sentença se esvazie. O *Master* é o longa-manus do juiz na efetivação da medida judicial.

¹⁹⁶ CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 168. É razoável assumir que o processo comunicativo tem efeitos particulares na cadeia de eventos que seguem a uma decisão judicial [...] A perspectiva comungada pelo meio acadêmico é que as respostas às decisões da Suprema Corte são positivamente afetadas pelos argumentos persuasivos contidos nas decisões. (tradução nossa).

¹⁹⁷ Over the last three decades, however Courts have sometimes required implementing organizations to carry out positive, substantive policies – sometimes spelled out in considerable detail. *Miranda* is a good example. Following *Swann v. Charlotte-Mecklenburg County Board of education*, federal district Courts began issuing detailed orders regarding crosstown busing, racial ratios among teachers and pupils, curriculum offerings, and other features of the school system necessary to achieve desegregation. Federal district Courts also began issuing detailed orders to end discrimination in public employment and housing. In the 1970s the federal courts began requiring states and localities to improve conditions in penitentiaries, mental hospital, halfway houses and other institutions. CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 179.

Utilizando-se da nomeação de um *Master*, o juiz controla a implementação da decisão pelo ente público obrigado ao cumprimento da medida. O procedimento está previsto no *Federal Rules of Civil Procedure*, artigo 53, que estabelece o acompanhamento da ordem emanada pela Corte. O *Master*, a sua vez, reporta-se diretamente ao juiz que proferiu a decisão. A utilização do mecanismo de nomeação de um *Master* se deu em vários casos de implementação das decisões de dessegregação das escolas, oportunidades em que os diretores das instituições públicas se negavam a cumprir a medida, exigindo a interferência da Corte com a nomeação de um *Master* para supervisionar a implementação da decisão.¹⁹⁸

Os *Masters* foram utilizados pelas Cortes por ocasião do processo de reforma prisional que estas decidiram implementar, no intuito de modificar a realidade das prisões e das práticas nelas perpetradas na região sul do país. Nas prisões em comento, os juízes detectaram casos de crueldade e de tortura típicas de instituições feudais. E apesar da oposição criada pelos atores que deveriam implementar as reformas, a atuação do Judiciário foi de sucesso considerável.¹⁹⁹

Masters served all the roles commonly attributed to executive assistants. Like special assistants everywhere, they were intensely loyal to their bosses and to their mission. [...] special masters served as eyes and ears for their bosses, and thus allowed their judges to stay on top of problems without becoming bogged down in details. And because they often had backgrounds in prison administration, they were a valuable source of expertise for their judges.²⁰⁰

¹⁹⁸ Unlike the original conception of the rule as a specialized device to assist the jury in fact analysis, a master's role in complex litigation grew to include overseeing complex and voluminous discovery issues, as well as implementation and enforcement of post-judgment orders and decrees. Courts that used special masters in these non-traditional roles either assumed that such appointments were sanctioned by rule 53 or relied on the court's inherent authority to appoint non-judicial individuals to assist the court when needed. [...] To conform rule 53 to the contemporary practice of using masters during pre-trial, trial and post-trial stages, the Advisory Committee on Civil Rules recommended extensive revisions to the rule. Those changes which took effect December, 1, 2003, and the amendments bring rule 53 into harmony with current practice. REDGRAVE. Jonathan M. Revisions in federal rule 53 provide new options for using special masters in litigation. **76 New York State Bar Journal** 18, USA, p. 2-3, 2004.

¹⁹⁹ SWEARINGEN, Van, The prison conditions cases and the bureaucratization of american correction: influences, impacts and implications. **Pace Law Review**, Thomson/West, p. 3, 2004.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 4. Os Masters atuaram em funções que tipicamente seriam desempenhadas pelos auxiliares do Executivo. Como em geral todos os assistentes são, os Master foram leais aos juízes e à missão que deveriam desempenhar. Os Masters serviram de olhos e ouvidos dos juízes e auxiliaram os magistrados no planejamento, sem caírem em demasiados detalhes, sendo que muitos inclusive possuíam experiência anterior na área prisional, sendo de extremo auxílio na implementação das decisões. (tradução nossa).

A utilização do *Masters* provou ser um eficiente instrumento de otimização do sistema, no sentido de garantir a implementação das decisões judiciais, como, aliás, os exemplos acima demonstram, em especial, em situações em que a população que deve implementar a decisão se opõe, sistematicamente, à política pública que se pretende ver aplicada na comunidade. O Judiciário foi coeso e as decisões, ainda que disputadas pela população que as teria que implementar, receberam apoio do restante da sociedade.

Os juízes federais ou estaduais possuem variados instrumentos processuais que auxiliam na implementação das decisões e controle na execução destas. Isto é, não só o caso do *Master* que citamos na situação da reforma dos presídios; outros instrumentos, como o *contempt of court* (o cumprimento de ordens sob pena de prisão), ou, ainda, o *mandatory injunction*, podem ser tidos como mecanismos de otimização e efetividade.²⁰¹

Somado a esse instrumental, a noção de legitimidade (ou Teoria da Legitimação), abordada por Canon & Johnson, é outro fator fundamental, quando perquirimos da aceitação, pela população, da política desenvolvida pela Corte, e o Poder Judiciário tem noção de que uma Corte dividida não contribui para a legitimidade da decisão.

Generally speaking, people are more likely to respond positively to commands from those who they believe have the right to issue such commands. The legitimacy they accord to the source of the command affects the nature of their response. The success of political institutions and even of governments themselves depends in large on whether citizens believe that the institutions are behaving legitimately. Legitimacy is not synonymous with approval or even with correctness. Rather, a law, and administrative policy, or a court decision is legitimate in an individual's eyes if he or she concedes that the institution's proper function in society is to make such a decision and that the decision itself is not grossly biased or totally absurd.²⁰²

²⁰¹ Mandatory injunction. One which commands the defendant to do some positive act or particular thing; prohibits him from refusing (or persisting in a refusal) to do or permit some act to which the plaintiff has a legal right; or restrains the defendant from permitting his previous wrongful act to continue operative, thus virtually compelling him to undo it. BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6th ed. USA: West publishing, 1998. p. 540.

²⁰² CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p.156. Falando de forma geral, as pessoas são mais propensas a responder positivamente aos comandos daqueles que eles acreditam tenham o direito de emitir tais ordens. A legitimidade corresponde a natureza dos efeitos das respostas. O sucesso de instituições políticas e dos governos depende em muito da concepção de legitimidade que a população credita às instituições e o quanto estas agem de forma legítima. Já o Direito, a política administrativa, ou ainda, uma decisão judicial serão legítimas na visão de um cidadão, se ele acreditar que a função adequada desta instituição na sociedade é tratar desta matéria e de que a própria decisão não está fortemente influenciada por questões externas, lobbies, ou não seja totalmente absurda. (tradução nossa).

Veja-se, como exemplo, a decisão da Suprema Corte que definiu como Presidente dos Estados Unidos George W. Bush, atual Presidente americano. Grande parte da Nação não ficou satisfeita com o resultado, pois ela sabia do papel político que a Corte Suprema possui e das inclinações partidárias dos seus membros, à época, nitidamente dividida entre Republicanos e Democratas; todavia, a decisão não foi contestada pelo Congresso e acabou sendo aceita de forma pacífica pela sociedade, porquanto, a Corte goza de enorme prestígio e respeito por toda a população, fator que interfere, em muito, na aceitação do precedente por todos os aplicadores do Direito e pela comunidade em geral.

As the highest Court in the land, there is no judicial appeal of its decisions. In particular, it is perceived as having a legal and constitutional right to do what it does. Of course not everyone accepts the Court's legitimacy uncritically. Some people may accept the Court's authority in general, but feel that particular Court decisions are illegitimate because they violate some cherished principle such as majority rule, federalism, or separation of powers.²⁰³

Ainda, assim, apesar de certos argumentos contrários, a doutrina americana é bastante uníssona quanto ao reconhecimento do papel da Suprema Corte e dos demais Tribunais na criação e no desenvolvimento de políticas públicas, sendo famosa a sua atuação nesse sentido; entretanto, a divergência entre os doutrinadores se instala quanto à observância e ao controle das Cortes no cumprimento das ordens ou decisões.

In the book, judicial policy making we argued that policy making is a standard and legitimate function of modern courts, as standard and well-accepted as fact-finding or the interpretation of authoritative texts. The case study we provided in support of this argument involved the prison reform cases decided between 1965 e 1990, which we uncontroversially described as the high-water mark of judicial policy making in american history. [...] Judicial policy making may be standard and legitimate, but is it a good idea?²⁰⁴

²⁰³ CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 157 Como Corte Suprema da Nação, não há recursos contra as suas decisões. Neste particular, a Corte é compreendida como tendo o dever e o direito constitucional de fazer o que faz. Nem todos aceitam a legitimidade da Corte de forma acrítica. A maioria aceita a autoridade da Corte em geral, mas entende que determinadas decisões são ilegítimas, pois violam o princípio muito caro à sociedade: o princípio da maioria, o federalismo e a separação de poderes. (tradução nossa).

²⁰⁴ RUBIN, Edward L.; FEELEY, Malcolm M. Judicial policy making and litigation against government. **5 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law** 617, USA, p. 1, Apr. 2003. No livro, judicial Policy making sustentamos que a criação de políticas públicas é uma função legítima e normal das Cortes modernas, assim como é normal e bem aceita a função destas de coletar, instruir provas, ou a interpretação da doutrina ou de textos legais. Os casos em estudo, que dão suporte à nossa afirmação são os chamados “casos sobre a reforma dos presídios” decididos entre os anos de 1965 e 1990 que, sem dúvida são um marco na história americana da criação judicial de Políticas. [...] A criação de políticas pelo Judiciário pode ser normal e legítima, mas será isso uma boa idéia? (tradução nossa).

Como afirmaram Feeley e Rubin, a criação de políticas públicas pelo Judiciário pode ser considerada *standard and legitimate*, mas será essa uma boa idéia? Os autores sustentam que, nos casos da reforma dos presídios (sistemas penitenciários) acima citado, o Judiciário, em especial, os juízes que sentenciaram os *cases*, agiram muito além de simplesmente criar nova política de administração dos presídios; eles atuaram pessoalmente na implantação das orientações, nomeando, inclusive *corrections expert-monitor* a fim de acompanhar a implantação das medidas determinadas nas sentenças.

Assim agindo, sustentam, os autores, que foram ignorados princípios do federalismo, quando os juízes dos Circuitos determinaram a realização de medidas de responsabilidade dos Estados. Argumentam, ainda, que os juízes, igualmente, violaram o princípio da Separação de Poderes, quando eles criaram e implementaram um código administrativo de operacionalização dos presídios.²⁰⁵

O exemplo da atuação do Judiciário no caso das reformas do sistema prisional não é único. Segundo Horowitz, muito tem sido dito sobre a flexibilização das doutrinas como *political questions and justiciability*. Para esse autor, a maioria das mudanças são causa e efeito do novo modelo de litígios. O uso de grupos de pressão, ou *lobby* de determinados grupos que levam a questão ao conhecimento da Corte, têm se mostrado eficazes instrumentos de cidadania, na busca da implementação de direitos muitas vezes não reconhecidos a determinadas minorias.

Contudo, dois exemplos específicos podem ser considerados mais a causa do que o efeito da vontade judicial em assumir responsabilidades administrativas quanto às agências governamentais.²⁰⁶ Um deles verificamos em *Brown versus Board of Education* que, apesar de deficiente no início, acabou por engajar as Cortes federais numa verdadeira ação afirmativa, no gerenciamento do sistema educacional. O outro exemplo é o *case Baker versus Carr*, o pioneiro dos casos modernos de *reapportionment*.²⁰⁷

²⁰⁵ RUBIN, Edward L.; FEELEY, Malcolm M. Judicial policy making and litigation against government. **5 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law** 617, USA, p. 21, Apr. 2003.

²⁰⁶ HOROWITZ, Donald L. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. **Duke Law Journal**, 1265, USA, p. 7, Dec.1983.

²⁰⁷ Os famosos casos de reapportionment julgados pela Suprema Corte Americana modificaram uma sequência de anos de discriminação contra as áreas urbanas e metropolitanas antes favoráveis às áreas rurais, pois passou a exigir que os Estados readequassem seus Legislativos em conformidade com a regra que os distritos Legislativos devem corresponder ao máximo à igualdade populacional. (tradução nossa). LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. **Judicial power and the constitution**. New York: MacMillan Publishing, 1990. p. 75 O termo "reapportionment" significa um realinhamento ou uma mudança nos distritos Legislativos resultantes de mudanças populacionais e determinadas pelo requisito constitucional de igualdade de representação, isto é one person, one vote mandate. BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6th ed. USA: West publishing, 1998. (tradução nossa).

Portanto, é inegável a importância do papel da interpretação constitucional feita pelos atores sociais na efetividade do Judiciário, na sua legitimidade e integridade perante a sociedade. É indiscutível o papel do juiz como intérprete da Constituição e o quanto seus valores pessoais interferem no desenvolvimento das políticas públicas desejadas pela comunidade.

É, igualmente, fundamental a importância que cabe à população que implementa as decisões, pela sua quota-parte de responsabilidade na efetividade das decisões. Como todas as políticas públicas, a política judiciária criada, também, depende, em muito, de quem a implementará, porquanto, não são os juízes que terão que executá-las, mas, sim, as agências governamentais, as instituições públicas ou privadas ligadas à educação, à saúde, à economia, à segurança pública etc.

Os órgãos que mais sofrem a autoridade da decisão são os auxiliares do Judiciário ou os que gravitam em sua esfera de influência, tais como os promotores, os policiais, as instituições de segurança, as agências de controle de trabalho etc. O Judiciário dificilmente consegue controlar o grau de obediência às suas decisões; via de regra, ele somente se manifesta, quando a questão é trazida ao seu conhecimento, por meio de uma ação individual ou coletiva, exigindo que o direito garantido em determinado precedente seja implementado por determinada agência, ocasião, então, em que o Judiciário poderá utilizar meios coercitivos para a aplicação da política contida no precedente invocado.

Como já mencionado, o *case law* naturalmente amplia o papel do Judiciário na vida da população, uma vez que parte dele a palavra final sobre o que é o Direito. Conseqüentemente, a compreensão da efetividade do Judiciário está muito mais arraigada na mentalidade de um cidadão de um país da *Common Law* do que na de um cidadão de um país da *Civil Law* que, a seu termo, fortemente ligado ao ideário rígido da teoria da Separação dos Poderes, entende ser, o Legislativo, o exclusivo criador da lei, do Direito; e o Judiciário, o mero aplicador da norma, ignorando, muitas vezes, a sua função interpretativa.

Por tal razão, a interpretação dada, no sistema americano à Teoria da Separação dos Poderes, com a supremacia da Constituição, e com a aplicação da doutrina construída pela Suprema Corte, o respeito à tradição e ao precedente, são fatores importantes de otimização no papel do Judiciário americano como propulsor de mudanças sociais.

Toda a concepção da *Common Law* (direito consuetudinário), a compreensão do juiz como intérprete último da Constituição, com a função precípua de dizer o direito aplicável ao caso concreto, associado ao uso da *Supremacy Clause* amplia a atuação do Judiciário e permite que este não somente crie determinadas políticas públicas, por intermédio da interpretação constitucional, haurindo das normas da Constituição o Direito para a sociedade e atue em determinadas situações, concretamente, na implementação das mesmas, como demonstram os exemplos trazidos neste estudo.

E, certamente, é na doutrina, na tradição e na unidade de interpretação que a Suprema Corte fixa, bem como na compreensão, pela população, de sua legitimidade para tal, que reside o maior fator de estabilidade jurídica do sistema americano. Apesar de toda a flexibilidade que demonstramos existir nesse sistema que convive com mecanismos legais que permitem ao juiz a desvinculação do precedente firmado pela Suprema Corte, ainda assim, o Judiciário recebe um crédito enorme de sua comunidade, o que faz toda diferença.

No caso da Suprema Corte americana, ela é, sem dúvida alguma, respeitada por sua população e vista como a guardiã dos seus direitos constitucionais. Há quem diga que a Suprema Corte possui um poder, até maior do que o dos outros Poderes da Nação; mas, trata-se de um especial poder: “o poder da opinião pública”, esta, sim, a maior mola propulsora de modificações sociais.

Conforme Baker e Williams, citando Alex de Tocqueville²⁰⁸, o papel da Suprema Corte, no regime constitucional americano, é, ao mesmo tempo, profundo e *subtle*, e tão difícil de entender quanto de definir. Alex de Tocqueville assim expressou esse papel:

The peace, prosperity, and the very existence of the Union rest continually in the hands of these (nine) judges. Without them the Constitution would be dead letter; it is to them that the executive appeals to resist the encroachments of the legislative body, the legislature to defend itself against the assaults of the executive, the Union to make the States obey it, the States to rebuff the exaggerated pretensions of the Union, public interest against private interest, the spirit of conservation against democratic instability. Their power is immense, but it is power springing from opinion. They are all-powerful so long as the people continue to obey the law; they

²⁰⁸ TOCQUEVILLE, Alex. **A democracia na América Livro I leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 113. O Juiz é dotado de imenso poder. [...] A causa esta neste simples fato: Os americanos reconheceram aos juizes o direito de fundar suas decisões na Constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes perecerem inconstitucionais.

can do nothing when they scorn it. Now, of all powers, that of opinion is the hardest to use, for it is impossible to say exactly where its limits come. Often it is as dangerous to lag as to outstrip it.²⁰⁹

É verdade que o papel do Judiciário americano, como criador do Direito, muitas vezes é contestado, inclusive pelos seus próprios membros. Entretanto, não há dúvidas, na sociedade, de, na hora de olhar para quem é o *We the people*, esta olha para as decisões da Suprema Corte como a proclamadora dos princípios e dos direitos constitucionais.

Apesar de conhecidos conflitos entre precedentes de diferentes Cortes, até mesmo pelas rápidas mudanças sociais e econômicas da sociedade moderna, a respectiva doutrina continua firme nos Estados Unidos e assim continuará, supõe-se, ainda, por muitas e muitas décadas. E isto se deve, em grande parte, ao fato de a população receber do juiz a atenção que lhe é devida para a solução do caso concreto. Frisa-se, não se trata de uma resolução, mas de uma solução.

Essa concepção de Jurisdição se identifica com a aplicação da doutrina desenvolvida pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. É nesse momento que a hermenêutica jurídica gadameriana se mostra muito próxima da atividade do juiz da *Common Law*. Ele, por meio de sua decisão ao caso concreto, produz o Direito.

Quando o Juiz se sabe legitimado para realizar a complementação do Direito dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, o que faz é o que de todos os modos tem lugar em qualquer forma de compreensão. [...] Na ciência jurídica, nunca se ressaltará suficientemente que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas e que cada caso será uma nova aplicação, algo assim como se o Direito recobrasse o seu vigor cada vez que é aplicado ou cumprido.²¹⁰

²⁰⁹ TOCQUEVILLE, Alex de. *Democracy in America*, 1969, p. 150 apud BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional analysis**. 2nd ed. Minnessota: Thomson/West, 2003. p. 31). A paz, a prosperidade e a própria existência da União está nas mãos desses nove juízes. Sem eles a Constituição seria letra morta. É à eles que o Executivo pede socorro pelos excessos do Legislativo, e este para se defender dos assaltos do executivo, a união para que os Estados à obedeçam, este para se defender dos abusos da União, interesses públicos contra interesses privados, o espírito de conservação contra a instabilidade democrática. O poder deles é imenso, mas é o poder que provém da opinião. Eles são e serão poderosos enquanto a população seguir a lei. Nada poderão se a lei não for seguida. Agora, de todos os poderes, o da opinião é o mais difícil de ser usado, pois é impossível dizer seus limites e de onde vem. Tão perigoso tê-lo quanto negá-lo. (tradução nossa).

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 233-234.

Sim, pois, cada nova leitura é uma releitura, em seu momento, de acordo com o seu leitor e suas pré-compreensões. Como diz Gadamer, a aplicação, no caso, a decisão, é um momento de compreensão, e compreender é aplicar, tudo fazendo parte de um mesmo momento hermenêutico. E essa afirmação não se restringe ao momento sentencial, onde o juiz examinará os fatos singulares do caso, mas se estende a todo conhecimento prático do Direito. Tanto é que o juiz e seu modo de ser no mundo é que vão importar no sentido que ele dará ao novo precedente. Ele vai ver o novo com os olhos do novo, não com os olhos do velho, parafraseando Lênio Streck.

Para recordar o magistério de Streck, inserindo-o nesta análise comparativa ao sistema americano, a filtragem constitucional está sempre presente no juiz da *Common Law*. Não existe Jurisdição que não seja constitucional. A Constituição para o juiz da *Common Law* é parte intrínseca do mundo do aplicador e do seu ser.

Podem até existir várias escolas do pensamento jurídico ou vários métodos de convencimento, mas estes serão retóricos, pois o que existe são especificidades próprias. O intérprete pode até escolher o meio retórico mais variado (fundo ideológico), mas, ultimamente, será ele quem escolherá o sentido que desejar dar, sendo, por isso responsável.

Tendo em mente o sistema americano recém exposto é que buscaremos, no próximo capítulo, abordar a Jurisdição Constitucional brasileira e os mecanismos de desvio que identificamos, seguindo as hipóteses elencadas por Rosenberg na *Constrained Court view*, associados ao papel da *interpreting population*, de Cannon & Johnson.

3 MECANISMOS DE DESVIO DE EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Guardadas as devidas diferenças e não desconhecendo a árdua tarefa de identificar, de comparar, os sistemas, pela diversidade de ambos, o desenvolvimento do presente capítulo buscará situar o leitor no que compreendemos ser os mecanismos de desvio à maior efetividade da Jurisdição Constitucional brasileira.

No capítulo relativo à Jurisdição americana, em específico, no subcapítulo destinado ao exame dos fatores que influenciam positiva ou negativamente, na atuação das Cortes, portanto, que estão conectados diretamente à atuação da Jurisdição, vimos que várias hipóteses foram suscitadas por cientistas políticos como circunstâncias ou mecanismos que interferem na implementação das decisões e, conseqüentemente, na efetividade do Judiciário como propulsor de mudanças sociais.

Como visto, Rosenberg criou a visão da *Dynamic Court*²¹¹ e da *Constrained Court*.²¹² As duas visões suscitam os fatores que influenciam na atuação das Cortes, bem como no resultado da implementação das decisões.

A obra de Canon & Johnson examinou a influência dos grupos de atores sociais: *the interpreting population, the implementing population, the consumer population and the secondary population*, associando a essa classificação várias teorias sociológicas de análise de impacto das decisões que ele denomina a *judicial impact theory*, que acima já descrevemos.

Conforme sinalizamos no início da nossa pesquisa, propusemos-nos a verificar a possibilidade de transpor algumas dessas análises ao nosso sistema, averiguando se as hipóteses lançadas pelos cientistas políticos americanos podem também ser identificadas em

²¹¹ Quando certas condições estiverem presentes as cortes podem ser produtoras de significantes reformas sociais. Essas condições ocorrem quando houver apoio substancial do Congresso e do Executivo; apoio da população; incentivo para a implementação das decisões; ônus adicionais pela não implementação; implementação da decisão pelo mercado; ou ainda, a administração pública esteja disposta a agir.

²¹² Constraint I: A limitada natureza dos direitos constitucionais impede as Cortes de ouvir ou efetivamente agir em inúmeras reivindicações de reforma social diminuindo as chances de mobilização popular; Constraint II: o Judiciário não possui a necessária independência dos demais Poderes do governo para produzir significativas reformas sociais; Constraint III: As Cortes não possuem as ferramentas para prontamente desenvolverem ou implementarem as políticas públicas apropriadas e que resultem em mudanças sociais.

nosso sistema, ou se este apresenta fatores distintos, que representem empecilhos a uma maior efetividade da Jurisdição a ponto de podermos intitulá-los “mecanismos de desvio de efetividade”.

E, a partir do alcance dessa resposta, nosso objetivo será o de verificar se é possível afirmar que, se superados esses fatores, o Judiciário pode ser propulsor de mudanças sociais qualitativas ou, mesmo, admitir, em determinadas hipóteses, um papel mais direto na criação e na implementação de políticas públicas, atendendo as diretrizes estabelecidas na nossa Constituição Federal.

A análise empreendida por Rosenberg na *Constrained Court*, suscita a natureza limitada dos direitos constitucionais como entrave a uma maior atuação do Judiciário; ainda, os limites da independência do Judiciário dos demais Poderes, a indisponibilidade direta sobre os recursos humanos e financeiros que estão no controle dos outros órgãos do governo impossibilitando o controle na implementação direta de políticas públicas etc.

Na abordagem feita por Canon & Johnson, este destacou, entre outros, o papel da *interpreting population*, sustentando ser fundamental a forma como os juízes, promotores, advogados, enfim, a comunidade jurídica, interpreta as decisões da Suprema Corte e aplica a doutrina por ela criada ao caso concreto.

Dessas análises, importa-nos questionar em que medida as hipóteses suscitadas podem ser mecanismos de desvio de efetividade no nosso sistema. Entre outras, é possível afirmar que a interpretação constitucional praticada pela comunidade jurídica interfere na efetividade ou na inefetividade da Jurisdição? Ou, ainda, é possível afirmar que os limites apontados por Rosenberg na independência do Judiciário, é fator também de fragilização da Jurisdição?

Assim, interessa-nos investigar, precipuamente, a presença dessas hipóteses e verificar se outras, além dessas, poderão ser encontradas em nosso sistema. A doutrina brasileira é farta de obras que tratam dos problemas ligados à concretização dos direitos, sempre com desenvolvimento doutrinário-científico, razão que impõe que nossa análise, diversamente da americana, seja baseada em um consenso doutrinário associado, no possível,

aos dados empíricos aqui existentes.²¹³

Dividiremos essa etapa da pesquisa em três subcapítulos. Verificaremos, em primeiro lugar, se é possível afirmar que a natureza limitada dos direitos constitucionais e sua interpretação interferem em nosso sistema, à semelhança da primeira hipótese levantada por Rosenberg. Há uma interpretação limitada dos direitos constitucionais que impede uma atuação mais efetiva das Cortes como propulsoras de reformas sociais?

Nossa Constituição tem viés dirigente e compromissário, fruto das transformações ocorridas nos Estados no segundo Pós-Guerra, com que resultaram da passagem do Estado Liberal para o *Welfare State*, e deste, para o Estado Democrático de Direito. Inclui entre seus preceitos direitos sociais e econômicos firmando sua natureza de verdadeiros direitos fundamentais. Tem concepção, portanto, distinta, se comparada à Constituição americana. Mas, se considerarmos que a interpretação constitucional dada pela *interpreting population* a algumas normas nela contida tem sofrido interpretação limitada pela entendida “natureza programática”, em especial, as relativas aos direitos econômicos e sociais, talvez possamos afirmar que este mesmo mecanismo aqui também interfere na atuação menos efetiva do Judiciário.

Em um segundo momento, traçando paralelos com a *Constraint II*, verificaremos o que Rosenberg definiu como os limites na independência judicial, ou seja *the institutional factor*. Afirmou, o autor, que o Judiciário necessita dos demais Poderes e do apoio das elites e demais grupos sociais para ser efetivo propulsor de mudanças sociais, sendo essa dependência fator de fragilização da Jurisdição. Será, então, possível construir a hipótese de que a influência da Teoria da Separação dos Poderes no nosso sistema afeta a atuação do Judiciário na sua posição de Poder, quando em relação com os demais Poderes? Ou, em termos pragmáticos, é ele dependente dos demais Poderes para atuar efetivamente? Da análise da jurisprudência dos nossos Tribunais, podemos afirmar que o Poder Judiciário se ressent de maior independência dos demais Poderes? Ainda, o quanto nosso Judiciário assumiu, ou não, um papel mais ativo na condução das diretrizes constitucionais que importem um deslocamento de poder ante a inércia dos demais Poderes?

²¹³ Reconhecemos que mesmo com base num consenso doutrinário o tema quanto aos problemas de concretização dos Direitos no país merece um aprofundamento da própria doutrina que em determinadas circunstâncias permanece vinculada, como dizer, refém do velho problema do sentido comum teórico.

Associado à *Constraint III*, em que Rosenberg desenvolve a hipótese de que o Judiciário carece dos instrumentos necessários para implementar as suas decisões, verificaremos o quanto a crise dos recursos financeiros do Estado afetam a atuação da Jurisdição e, nesse espectro, se podemos afirmar que o Poder Judiciário acaba fragilizado, na sua atuação, por não ter à sua disposição os instrumentos necessários para o desenvolvimento de políticas públicas, a iniciar pela escassez dos recursos financeiros e de pessoal, necessitando dos demais Poderes para efetiva atuação. Ou, ainda, se a essa idéia também não estará associado o argumento da Separação dos Poderes, da *Constraint II* e a necessária interdependência de todos os Poderes de Estado para a concretização das políticas públicas.

Tanto no sistema americano, quanto no sistema brasileiro, a questão dos recursos está presente, pois a “chave dos cofres” está com o Executivo; entretanto, enquanto a sociedade americana vivenciou a maior parte de sua história com recursos ilimitados, com algumas exceções é verdade, inclusive, atualmente, nosso Estado vivenciou sérias crises, sendo amplamente difundido pela doutrina nacional a ausência de recursos, pelo Estado, como um dos fatores que fragilizam a implementação das decisões, bem como da própria criação e implementação de políticas públicas pelo Executivo. Assim, essa hipótese será por nós desenvolvida com ênfase na crise fiscal do Estado.

A crise política ou de representação, ainda que não considerada pelos cientistas políticos americanos, será objeto de exame juntamente com a *Constraint III*, porquanto, entendemos que ela tem papel relevante na atuação da Jurisdição Constitucional e, por tal razão, buscaremos justificar sua inclusão como um dos mecanismos de desvio de efetivação da Jurisdição Constitucional.

Portanto, eis o limite de análise proposta nesta investigação. Buscaremos ressaltar os vários fatores que intitulamos “mecanismos de desvio” e que entendemos determinantes para o alcance de uma maior efetividade da Jurisdição e, ainda, para que possamos responder positiva ou negativamente à questão das Cortes como propulsoras de mudanças sociais. Seguiremos as hipóteses presentes no sistema americano, sempre tendo em mente as limitações normais decorrentes da diferença dos sistemas.

3.1 A Natureza Limitada das Normas Constitucionais?

Nosso intuito, como já afirmamos, é aqui o de examinar se é possível afirmar que a natureza limitada dos direitos constitucionais e sua interpretação interferem no nosso sistema, à semelhança da primeira hipótese levantada por Rosenberg.²¹⁴ Seriam os direitos constitucionais existentes na nossa Constituição limitados, ou seria a interpretação limitada dos direitos constitucionais que impede uma atuação mais efetiva das Cortes como propulsoras de reformas sociais?

Examinaremos se a interpretação constitucional dada pela *interpreting population* a algumas normas contidas na Constituição tem sofrido interpretação limitada, pela entendida “natureza programática”, em especial, as relativas aos direitos econômicos e sociais, para que possamos afirmar que esse mesmo mecanismo aqui também interfere na atuação menos efetiva do Judiciário.

Associado a essa hipótese, salientaremos a importância da *interpreting population*, na medida em que, segundo nosso entendimento, a deficiência na argumentação ou a ausência de devida justificação/motivação da decisão pode retirar a sua própria idéia de legitimidade e seu conseqüente poder de convencimento, fazendo com que a comunidade jurídica não se sinta convencida a seguir a doutrina²¹⁵ formada pelas decisões emanadas de nossa Corte Suprema, estimulando constantes questionamentos, com a infundável interposição de recursos, o que o sistema, hoje, busca resolver com a introdução das Súmulas vinculantes e impeditivas de recursos, afetando diretamente a interpretação das normas constitucionais.²¹⁶

²¹⁴ Constraint I: The bounded nature of constitutional rights prevents courts from hearing or effectively acting on many significant social reform claims, and lessens the chances of popular mobilization.

²¹⁵ Desde logo antecipamos nosso entendimento de que o papel da Doutrina no nosso sistema tem que ser um papel de construir tradições – de construções principiológicas e, neste contexto, é fundamental o resgate de uma Doutrina que doutrine efetivamente, na construção desta tradição, ou integridade, no conceito dworkiano.

²¹⁶ Agora, ainda, além das Súmulas vinculantes e impeditivas de recurso, a Lei 11.672 repete com mais rigidez o que já vinha sendo meta atingir com a Lei 8.038/90 entre outras, associada à Repercussão Geral da Emenda Constitucional n.45. Como ressalta Streck, “não pode haver espanto da comunidade jurídica diante da edição de leis como a que alterou drasticamente o sistema recursal brasileiro, valendo citar a Lei 11.672/08, pela qual, havendo multiplicidade de recursos, o tribunal de origem escolhe um ou dois (no máximo três) que servirão de amostragem da tese jurídica contida nos aludidos recursos.” STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 8. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Ora bem. O nosso sistema, como verificamos, também sofre influências que constituem mecanismos de desvio à efetividade da Jurisdição Constitucional. Dentre aqueles que consideramos de maior influência está a interpretação constitucional criada, onde parte da doutrina constitucional diferencia as normas quanto à sua eficácia e à sua aplicabilidade, em especial, as que dizem respeito aos direitos fundamentais, considerando-as programáticas no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais albergados na Constituição.

Esse *status quo* interpretativo, segundo consenso doutrinário, se encontra ainda vinculado em demasia ao positivismo e aos ideais liberais aplicados diuturnamente no ensino jurídico e na prática jurídica, fatores que acabam por forjar advogados e juristas acríticos e reprodutores de conceitos seculares.

Essa prática positivista é reforçada por um modelo de processo civil que se preocupa com a garantia da igualdade formal,²¹⁷ em detrimento, muitas vezes, da igualdade substancial, e admite a criação no sistema de Súmulas vinculantes que, em nosso entendimento, engessam a Jurisdição Constitucional, limitando a atuação dos juízes de instâncias inferiores.

Tal influência, ao nosso modo de ver, vem confirmada pela criação das Súmulas vinculantes e pelo uso cada vez maior das Súmulas (vinculantes, impeditivas ou mesmo persuasivas) como instrumento de justificação das decisões, o que nos parece conclusão lógica de que a instituição das Súmulas vinculantes é resultado da matriz ideológica que impera no país e que não permite, talvez não sem propósito, que se modifique a situação. Da forma com que foram instituídas, resultarão em grave violação à cidadania. Ao vincular os magistrados de instâncias inferiores, engessam a criação judicial e, desta forma, fragilizam a Jurisdição e a própria Democracia.²¹⁸

²¹⁷ Como destaca Streck, afirmando que não se pode desconsiderar que o problema filosófico-paradigmático que sustenta o *sub-jectum* da interpretação, que historicamente, engendra o protagonismo judicial, continua presente nos diversos ramos do direito, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz - e esse problema vem de longe. Citando Streck, desde Oskar Von Bülow passando por Chiovenda, Carnellutti, Couture, Liebman, chegando a Carlos Maximiliano, Paulo Dourado Gusmão entre outros, cujas teses estão relacionadas ao enfoque instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos meta-jurídicos, pelos quais é permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da boa escolha dos juízes e, conseqüentemente, de seu (sadio) protagonismo. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (em crise)**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 355-356.

²¹⁸ Conforme salientaremos mais adiante, concordando com a posição sustentada por Streck, as súmulas podem constituir em importante mecanismo de reforço à integridade e coerência do direito. Mas, para tanto, devem ser adequadamente compreendidas, isto é, como textos jurídicos e aplicadas justamente a partir do respeito à integridade e à coerência do direito. Tais circunstâncias devem estar aliadas à estrita obediência do dever de fundamentar as decisões. Deste modo podem contribuir para a construção de respostas adequadas à Constituição. *Ibid.*, p. 359.

3.1.1 A Tradição Liberal-Individualista e a Interpretação das Normas Constitucionais

Intitulamos como um dos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional a interpretação constitucional, com forte influência do paradigma positivista, tendo em vista a tradição liberal-individualista do sistema Jurídico que conduz à “baixa constitucionalidade”²¹⁹ praticada em nosso país, para usar, pela propriedade, expressão utilizada por Streck.

Historicamente, a nossa tradição jurídica está ligada à herança portuguesa e, ainda anteriormente, ao Direito Romano, que influenciou o chamado Direito Continental Europeu. Juntamente com essa herança jurídica, o fator político mais influente foi a Revolução Francesa e seus ideais burgueses, ou seja, os ideais do liberalismo político-jurídico.

A burguesia européia, na ânsia de consolidar suas conquistas com a declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e com a Separação dos Poderes segundo a receita de Montesquieu, preocupou-se com a elaboração dos Códigos que deveriam fixar o projeto político-jurídico da Revolução Francesa, de sorte que os novos “donos” do poder, compreendendo a importância do Direito, chamam para si a produção legislativa, estabelecendo um rígido monopólio sobre a mesma. Visava-se à segurança, fixando a lei em um Código, engessando-se, após, a sua interpretação, realizada por meio da exegese. Assim, o Direito restou confinado à letra fria da lei, cuja interpretação deveria restringir-se ao sentido literal do texto normativo veiculador do ideário liberal.²²⁰

Dessa forma, o positivismo jurídico surgiu com a promessa de que, por meio da limitação da função interpretativa do juiz, o Direito conseguiria conferir plena segurança jurídica aos cidadãos, na medida em que a norma preveria, em suas hipóteses legais abstratas e racionalmente construídas, todas as soluções para as lides concretas, bastando ao juiz a aplicação da subsunção e sob o paradigma lógico-dedutivo, desta forma, lhe retirando a

²¹⁹ Streck denomina “baixa constitucionalidade” a falta de uma teoria do Estado e uma teoria constitucional com as quais se construiriam as condições de possibilidade para a implementação da nova Constituição. Trata-se fundamentalmente de uma crise de paradigmas, isto é, a crise do modelo liberal-individualista e a crise do paradigma metafísico-aristotélico-tomista da filosofia da consciência, e que contribuem para a ineficácia da Constituição. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28.

²²⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

possibilidade de ser produtor de normas. Aliado à concepção da onipotência do legislador e da lei como única fonte do Direito (não se pensa na Constituição como vinculadora, nesse período, até pela própria dicotomia Estado/sociedade), o positivismo instaura o mito da completude e da coerência do ordenamento jurídico. Ou seja, pela existência de leis claras e racionais, acreditou-se na supressão definitiva, não só de lacunas e contradições, como, em consequência disso, da capacidade interpretativa dos juízes, limitando sua função à mera “declaração” da norma jurídica inequivocamente contida no texto e, no máximo, uma atitude interpretativa que preenchesse eventual “lacuna” existente no sistema.

A maioria das codificações do século XIX proibia a interpretação que modificasse o sentido da lei. Desde o começo daquele século, predominou a convicção de que o Direito positivo se achava contido inteiramente na lei escrita, produto absoluto da razão. Os burgueses desconfiavam dos juízes, a quem conferiram apenas a função de dizer o Direito, aprisionados pelo silogismo formal do qual não poderiam se afastar, seguindo as idéias de completude, neutralidade, previsibilidade e segurança.²²¹

Cappelletti, quando trata do poder judicial de controle de constitucionalidade da lei que se desenvolveu na França, brevemente relata a situação do referido país, antes da Revolução, o que nos permite uma certa compreensão do momento político-social daquela época:

In ancién régime France, the Parliaments, i. e. the high courts, affirmed their power to control the conformity of legislation to the unwritten “lois fondamentales” of the kingdom. The judges of those courts (parlementaires), however, were so deeply imbued with anti-egalitarian values and so firmly rooted in the feudal structures of pre-revolutionary France that their review power was exercised in an extremely abusive and unpopular manner. Such power was considered to be one of the most outrageously conservative features of the country. In the name of vague unwritten ‘principles’ those judges hampered and paralyzed even very moderate reforms that the King and his Court were willing to concede, and which might have prevented the

²²¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 105. Ovídio Baptista traz à colação interessante observação quanto ao predomínio da segurança sobre os ideais de justiça, na Europa Continental, que deram ensejo à Era das Codificações. Os ideais de justiça, que na Europa continental deu ensejo à Era das Codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa, embora, a Inglaterra, fiel ao mesmo princípio, tivesse procurado idêntica segurança para o Direito no sistema dos precedentes, evitando a codificação. [...] enquanto o Direito inglês procura preservar a segurança do Direito, os sistemas legalistas da Europa Continental, identificando Direito com a Lei, satisfazem-se com a segurança da Lei do Estado, sem qualquer preocupação por sua eventual injustiça material.

violent explosion of the ‘bourgeois’ Revolution.²²²

Daí perfeitamente compreensível a desconfiança pós-revolução, na Europa, sobre o Judiciário e, por conseguinte, a urgência na fixação das garantias individuais recém conquistadas, por meio da limitação do poder de interpretação dos juízes que deveriam ser nada mais do que a “boca da lei”.

Nesse diapasão, o Brasil, ávido pelas idéias do Velho Continente, onde, durante aquele período, vigiam, principalmente, as Ordenações Filipinas, desde o século XVII, até o início do século XX, quando entrou em vigor o revogado Código Civil de 1916, acaba por consagrar essa idéia na sua legislação, a idéia de um juiz meramente reprodutor, sem legitimá-lo à valoração qualquer e inserir na ciência jurídica que se desenvolvia sob tal matriz, não conseguindo se abster, ou abstrair, da influência das idéias vigentes no Continente Europeu, muito pelo contrário, como também observa Faria.

No campo do Direito, graças à mistificação da ordem legal-estatal racionalmente criada, o jurista liberal tenta levar seus ouvintes a acreditar na realidade substancial das instituições jurídicas capitalistas. Na perspectiva do ‘império do Direito’, a comunicação entre o legislador e os legislados revela-se assim hierarquizante e subordinante: toda regra jurídica tem um caráter obrigatoriamente dogmático e, à medida que uma de suas funções é assegurar a reprodução dos padrões de dominação vigentes, garantindo formalmente um mínimo de certeza nas expectativas e uma certa margem de segurança nas decisões, ela não pode ser desafiada e descumprida. Ao mesmo tempo, como a efetividade das instituições de Direito depende da internalização dos valores de obediência, as leis são revestidas da aparente neutralidade - o que é possível graças à perversão ideológica que dissimula as funções diretivas, operativas e fabuladoras das normas, sob a máscara de suas funções informativas. Daí, como vimos, a tendência da ordem jurídico-política liberal a ampliar as abstrações generalizantes e indeterminadas de suas normas, procurando controlar relações sociais contraditórias cada vez menos ‘reguláveis’ pelos processos jurídicos formais estritos e tipificantes, bem como integrar o universo dos litígios, incongruências e tensões decorrentes dessas relações mediante textos legais dotados de uma aparência de objetividade, imparcialidade e coerência. Eis, pois, como são ocultados os valores e os interesses materiais subjacentes ao sistema legal originariamente criado pelo liberalismo jurídico-político para regular

²²² “No Ancién régime Francês, os Parlamentos, isto é, as altas Cortes, afirmavam seu poder de controlar a conformidade da legislação às não escritas leis fundamentais do Reino. Os Juízes destas Cortes (Parlamentos), entretanto, eram tão profundamente enraizados por valores anti-igualitários, e tão firmemente apegados às estruturas feudais da França pré-revolucionária, que o poder de revisão desses juízes, era exercido de forma extremamente abusiva e antipopular. Tal poder, foi considerado um dos meios mais conservadores e ofensivos do país. Em nome de vagos, implícitos, não escritos, princípios, esses juízes afastaram, e, paralisaram mesmo, reformas consideradas moderadas, que o próprio Rei e sua Corte estavam dispostos a conceder, o que poderia ter prevenido, ou impedido, a violenta explosão da Revolução burguesa.” (tradução nossa). (CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 153).

sociedades por ele imaginadas como relativamente estáveis e integradas pela economia de mercado.²²³

Igualmente, no campo da interpretação constitucional, tal influência predomina, de sorte que a ideologia que deveria imperar não poderia romper com a tradição liberal e, em especial, com a ordem instituída pela nova República. Verifica-se, como salienta Streck, que os novos paradigmas passaram a ser trabalhados pelos juízes a partir de velhas estruturas de saber (e de poder). E esse fenômeno se repete com o texto da Constituição de 1988. Como denuncia Streck, a cada texto constitucional novo, há enorme dificuldade para assimilação do novo fundamento de validade.

Forma-se uma tradição (inautêntica, no sentido Gadameriano) que subjugava as possibilidades do exurgimento do novo. Para tanto basta um exame do texto constitucional de 1988. Muito embora seja o mais rico em direitos e perspectivas de transformação social que este País já teve, até o momento, passados quinze anos, parcela considerável de seus preceitos e princípios continua ineficaz. A toda evidência, trata-se de uma crise de paradigma (já explicitada anteriormente), que, enquanto não for superada, continuará obstaculizando as possibilidades transformadoras do Direito.²²⁴

Em arrimo à posição acima exposta, Queiroz sustenta que o século XIX deve ser analisado como uma época de triunfo da ideologia liberal, mas, ainda assim, com aspirações ao bem-estar social, em especial, aos direitos sociais como direitos a prestações positivas do Estado, sem vinculatidade jurídica, mesmo que não realizáveis, e de encargo da sociedade.

Só que o liberalismo entendia essas aspirações de cuidado e promoção sociais, basicamente, como obrigações morais a cargo da sociedade, sem vinculatidade jurídica geral. Essas obrigações ou deveres morais reduziam-se à fórmula consagrada no artigo 2º. da Declaração de Direitos de 1789: a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Nesse sentido o liberalismo recusava o sancionamento jurídico de uma obrigação positiva de fraternidade ou solidariedade, numa palavra, a realização dos direitos fundamentais sociais como deveres público-estatais.²²⁵

²²³ FARIA, José Eduardo. O modelo liberal de Direito e Estados. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 28-9.

²²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição . Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 433.

²²⁵ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais, funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Editorial Coimbra, 2006. p. 8.

É claro que, com o decorrer do tempo, várias influências se somaram às dos jusfilósofos do século XIX, ensejando novos rumos ao Direito Nacional; mas o que prevaleceu, notadamente nas atividades forenses, foi uma atitude legalista, decorrente da consagração do positivismo jurídico, com forte influência da doutrina de Hans Kelsen, o que é compreensível, até um certo grau, considerando que o país adota o sistema da *Civil Law*.

Era sustentado, pela doutrina, desde o começo do século XIX, que a norma individualizada, por meio da sentença judicial, ou resolução administrativa, era um mero silogismo, cumprindo adequar-se à premissa maior, representada pela norma geral (lei); e à premissa menor, pela verificação dos fatos relevantes, juridicamente qualificados; a conclusão era dada pela sentença.²²⁶ E, como bem acentua Canotilho, hoje, a subordinação à lei e ao Direito, por parte dos juízes, reclama, de forma incontornável, a principialização da Jurisprudência, ou seja, a mediação judicativo-decisória dos princípios jurídicos relevantes para a solução materialmente justa dos feitos submetidos à decisão jurisdicional.²²⁷

Até recentemente, as estruturas positivistas foram capazes, até certo ponto, de dar conta dos problemas práticos de sociedades ocidentais pouco complexas, basicamente rurais, aparentemente homogêneas, fundadas na prática de costumes e excludentes do diferente. Porém, no momento em que o constitucionalismo democrático consolidou-se, a partir das últimas décadas, como forma de dar conta da imensa heterogeneidade de culturas, práticas e pensamentos, impôs-se a necessidade de abrir mão de estruturas técnico-metodológicas do positivismo que, no máximo, nos oferece possibilidades de entender, para permitir a inserção da dimensão do compreender e tudo o que ela implica.

O objetivo do positivismo foi transportar para as ciências sociais, e no Direito isso é patente, um modelo científico, em que o método é condição de garantia do saber seguro. Assim como nas ciências sociais, o positivismo consolida-se, no Direito, como paradigma dominante, a partir do século XIX, marcando fortemente a Constituição e a conformação dos sistemas jurídicos até nossos dias. Todavia, essa maneira de pensar e produzir o direito não resistiu a uma sociedade complexa que, a cada dia, passou a apresentar novos desafios, com

²²⁶ SICHES, Luis Recásens. **Introducción al estudio del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1977. p. 195.

²²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. A principialização da jurisprudência através da Constituição. Estudos em homenagem ao Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, ano 25, n. 98, p. 83-9, abr./jun. 2000.

problemas reais sequer cogitados na previsão abstrata, cuja solução passou a desafiar de modo recorrente o Judiciário.

Além disso, associado ao positivismo e a visão liberal individualista, a história política brasileira nos legou inúmeras Constituições, inicialmente, tendo como parâmetro o modelo clássico liberal americano e a Constituição francesa. Posteriormente, já sofrendo a influência da Constituição de Weimar e da Constituição Mexicana, resta-lhe introduzido um novo viés constitucional que acaba, é verdade, derrotado pela Constituição Polaca. Entretanto, sucessivas crises políticas que o país vivenciou, uma vez ultrapassadas, nos legaram a Constituição de 1988, esta, então, pretendendo estabelecer um novo marco político e social nos fundamentos e objetivos da República.

Com efeito, a Constituição da República, de 1988, provocou uma revolução paradigmática que revelou as contradições e a ineficácia do dogmatismo jurídico inerente à visão legalista, reclamando uma nova postura dos juristas e da sociedade.²²⁸ Não obstante o novo estado de coisas, inaugurado pela Constituição, no meio jurídico ainda se observam resistências dos juristas em operar com valores e categorias ético-filosóficas, devido à sua estreita ligação com o paradigma epistemológico positivista e da carência de um terreno fértil para a efetivação das promessas constitucionais.²²⁹

Mas, apesar deste novo marco, a crítica doutrinária afirma que grande parte dos juristas brasileiros, continua interpretando a Constituição com os olhos de um modelo liberal individualista ultrapassado, à base da velha hermenêutica metodológica que regula as relações de forma abstrata, segundo um sistema normativo lógico-formal dedutivo, em que a Constituição permanece uma ficção e ao juiz cabe a mera aplicação da legislação infraconstitucional.

²²⁸ Expondo o problema da interpretação constitucional, Bonavides afirma que os constitucionalistas do positivismo haviam tentado separar com rigor o jurídico e o programático. Na doutrina constitucional de inspiração positivista, que prevaleceu até as vésperas da 1ª. Guerra Mundial imperava a dicotomia clássica do sim ou não, a alternativa “direito positivo” ou “programa”, sendo as disposições programáticas objeto de ironias e sarcasmos, evidenciando-se esta posição de menosprezo, conforme assinalado por Carl Schmitt, até mesmo no vocabulário da época. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 218.

²²⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 50.

Segundo esse argumento, a doutrina ainda se divide quanto ao alcance da tutela, pelo Judiciário, de inúmeras normas constitucionais, em especial, dos direitos sociais, limitando a sua natureza com uma doutrina restritiva. Ainda é muito acirrada a divergência em relação à cisão entre direitos de liberdade que, sendo negativos, têm sede constitucional, ao passo que os direitos sociais, que também têm, dependeriam de intermediação legislativa infraconstitucional.²³⁰ Parte da doutrina deve ser dito, já abandonou o positivismo e, vem adotando uma postura mais principiológica, mas ainda incipiente.²³¹

Em que pese muitos negarem a auto-aplicabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais a tendência é reconhecer nesses direitos alguma carga eficaz. Nas palavras de Ingo Sarlet, a doutrina prevê uma graduação de carga eficaz das normas e uma diversidade de efeitos jurídicos decorrentes deste fenômeno.

[...] de acordo com a melhor doutrina, inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, sendo possível falar de uma graduação da carga eficaz das normas (de todas) da Constituição, o que de outra parte, não afasta a existência de distinções entre normas constitucionais no que diz com a forma de sua posituação no texto constitucional, assim como uma diversidade de efeitos jurídicos decorrentes desse fenômeno, razão pela qual foram formuladas diversas teorias propondo uma classificação das normas constitucionais de acordo com o critério de sua eficácia e aplicabilidade.²³²

As correntes doutrinárias que se destacam assumem, resumidamente, três posições: a) aquelas que sustentam serem os direitos classificados na Constituição como fundamentais e passíveis de tutela imediata pelo Judiciário; b) aquelas que sustentam serem passíveis de tutela somente os direitos negativos, pois, os positivos estariam sujeitos à regra da reserva do possível e dependeriam de previsão legislativa e orçamentária; c) e aqueles que entendem

²³⁰ A divergência se dá primeiro no campo da aplicabilidade e, considerando o que preceitua o artigo 5º. parágrafo primeiro da Constituição Federal, essa divergência alcança a intensidade ou o “como” dessa aplicabilidade.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição. Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. p. 443- 444. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²³² Ibid., p. 443-444. Sarlet destaca que ao proceder uma comparação- ainda que superficial- entre as classificações das normas, verifica-se que as propostas de Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Celso Bastos e Carlos A. Brito e Maria H. Diniz, em que pesem suas especificidades, na verdade não chegam a ser incompatíveis entre si. Percebe-se que em todas as classificações se destacam dois grupos de normas, quais sejam, aquelas que dependem, para geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma interpositio legislatoris. SARLET, Ingo W. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 263.

haver um núcleo de direitos positivos conectados ao conceito de mínimo existencial e, nesse caso, seriam desde logo tuteláveis, ao passo que, no demais, estariam a exigir a intermediação do legislador.

Dentre essas correntes, o STF ora se inclina no sentido de que certas normas exigem a intermediação do legislador e, portanto, não se configuram direito subjetivo imediatamente tutelável pelo Judiciário, e, em outras, reconhece, no tocante à tutela dos direitos conectados ao mínimo existencial, o direito da sua imediata justiciabilidade e tutela jurisdicional.

Queiroz identifica a temática da divisão na interpretacional constitucional da seguinte forma:

Há quem defenda, no quadro de uma estratégia de exigibilidade da satisfação dos direitos fundamentais, uma sinergia entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais, já que ambas essas categorias se encontram inter-relacionadas no sentido em que tutela de uns levam necessariamente à tutela de outros. Mas há também quem sublinhe a relatividade da distinção entre os direitos de defesa, de um lado, e os direitos fundamentais sociais, do outro, afirmando que existem níveis de obrigações estatais que são comuns a ambos os direitos. A própria noção de direitos fundamentais sociais, ostenta, pelo menos, nalgum aspecto, algo de claramente exigível face ao poder judicial.²³³

Permanece, dominante, pela divisão colocada, o modelo individualista e normativista que nega, ignora, a própria Constituição²³⁴, sob o argumento de que suas normas são programáticas, principalmente, as que tratam dos direitos sociais, não sendo autoaplicáveis ou, de aplicabilidade imediata, exigindo a intermediação do legislador infraconstitucional para a sua concretização.²³⁵

Posiciona-se, nesse viés, José Afonso da Silva, doutrinador que citamos por ser um expoente clássico da doutrina que sustenta a eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta aos direitos econômicos e sociais constantes na Constituição.

²³³ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais, funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra, Editorial Coimbra, 2006. p. 10.

²³⁴ Não no que concerne aos direitos, liberdades e garantias, imediatamente aplicáveis, segundo quase a totalidade das Constituições.

²³⁵ Estaríamos a frente do que a doutrina americana trata de *self executing provisions* e *not self executing provisions* e, no dizer de Pontes de Miranda, bastantes em si e não bastantes em si. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 215.

Segundo esse autor, a eficácia e a aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois, se trata de assunto que está em função do Direito positivo.

A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas quanto as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.²³⁶

Nessa proposta, é como se, no Direito, somente a lei infraconstitucional, leia-se, o Código Civil e legislação extravagante, existisse; com efeito, muitos ainda não se deram conta dos princípios expressos ou implícitos de nossa Constituição que, sem dúvida, muda o paradigma liberal individualista (como um locus apenas a estruturar o poder estatal e garantir as liberdades públicas), sobretudo, o sentido da Constituição, hodiernamente compreendida como o Estatuto do Homem e da Sociedade, onde estão concentrados os princípios, os valores e as diretrizes pelas quais essa mesma sociedade quer se ver pautada, dando maior ênfase aos direitos sociais e econômicos, pugnando por uma sociedade mais justa, mais solidária e mais plural.²³⁷

Tal realidade é melhor compreendida ao verificarmos o caldo político e social da classe jurídica que se formou da cultura colonialista herdada de Portugal. Tome-se como

²³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional (até a emenda n.48 de 10.08.2005). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

²³⁷ Quadro este associado aos obstáculos presentes na teoria das fontes, teoria das normas e teoria da interpretação. Como sustentado por Streck, “tais perspectivas nos aparecem a partir de um constitucionalismo compromissório e (ainda) dirigente, mormente em países onde as promessas da modernidade nunca foram cumpridas. E a materialidade das Constituições se institucionaliza a partir da superação dos três pilares nos quais se assenta (va) o positivismo jurídico (nas suas variadas facetas): o problema das fontes (a lei), a teoria da norma(direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela interpretação, ainda fortemente assentada no esquema sujeito-objeto, donde a permanência do modelo subsuntivo, como se a realidade fosse acessível a partir de raciocínios causais-explicativos.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 265.

exemplo a formação e a prática dos magistrados na época do Império, conforme destacada por Wolkmer.

Na prática o poder judicial estava identificado com o poder político, ainda que institucionalmente suas funções fossem distintas. O governo central utilizava-se dos mecanismos de nomeação de juízes para administrar seus interesses, fazendo com que a justiça fosse partidária e o cargo utilizado para futuros processos eleitorais (fraudes e desvios) ou mesmo para recompensar amigos e políticos aliados. [...] Parece claro, por conseguinte, que, se, de um lado, a magistratura constituía-se no modelo privilegiado de ingresso na leite política imperial, de outro os juízes eram controlados pelos poderes de remoção, promoção, suspensão e aposentadoria do governo central.²³⁸

Wolkmer ressalta que, essa situação acabava por refletir uma ética colonial-patrimonialista, confirmando as palavras de Zancanaro, no sentido de que a impunidade estava intimamente associada ao modelo jurídico que prevaleceu no Estado luso: [...] *Os vícios crônicos do Reino foram transplantados para a Colônia como estruturas éticas gravadas nas consciências dos servidores públicos e dos emigrados, acrescidas, posteriormente, de antivalores desenvolvidos a partir da realidade colonial, no que forjou uma cultura administrativa calcada nos critérios de pessoalidade, amizade, parentesco, retribuição, privilégio e, em disposições legais, carentes de objetividade, sendo que a ordem pública que se instituiu veio marcada pelo arbítrio do rei e de servidores.*²³⁹

Exemplo paradigmático de posição que acentuou historicamente a baixa constitucionalidade praticada no nosso país, e que tem especial referência à atuação da magistratura, diz respeito ao próprio controle de constitucionalidade praticado no país que foi resumido por Lucio Bittencourt, na década de quarenta,²⁴⁰ e destacado por Streck nos seguintes termos:

O Poder Judiciário só se pronuncia em face de um caso concreto, para cuja decisão seja mister o exame da constitucionalidade da lei aplicável à espécie; presumem-se

²³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos, A magistratura brasileira no século XIX. **Revista**, n. 35 ano 19, p. 3, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/seq35wolkmwer-magistraturaBSXIX.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2008.

²³⁹ *Ibid.*, p. 3

²⁴⁰ BITTENCOURT, Lucio. O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 91 e segs. Apud: STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 435:

constitucionais os atos do Congresso; na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade; o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado; sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne a lei compatível com a Constituição; a tradicional aplicação dos princípios constantes de uma lei, sem que se ponha em dúvida sua constitucionalidade, é elemento importante no reconhecimento desta; não se declararam inconstitucionais os motivos da lei. Se esta, no seu texto, não é contrária à Constituição, os tribunais não lhe podem negar eficácia; na apreciação da inconstitucionalidade, o judiciário não se deixará influenciar pela justiça, conveniência ou oportunidade do ato do Congresso; se apenas algumas partes da lei forem incompatíveis com a Constituição, estas serão declaradas ineficazes, sem que fique afetada a obrigatoriedade dos preceitos sadios; e, a inconstitucionalidade é imprescritível, podendo ser declarada em qualquer tempo.²⁴¹

Ao analisar tais orientações, Streck reforça a noção de que essa tese ainda domina o imaginário dos juristas brasileiros e possui clara afinidade com a idéia prevalecente no *Judicial Review* americano. E mais: é nesse leque de características que reside um descompasso do sistema difuso (que, no Brasil, pode ser estendido ao controle concentrado, bastando, para tanto, examinar a posição de *self restraint* do STF nos julgamentos de ações como o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para citar apenas alguns exemplos) com aquilo que se entende contemporaneamente por Estado Democrático de Direito e o papel a ser desempenhado pelos textos constitucionais (dirigentes e compromissários, como o brasileiro) nas democracias do segundo Pós-Guerra.²⁴²

Segundo a posição de Bonavides, o problema do constitucionalismo contemporâneo, no que diz respeito ao quadro interpretativo das flutuações doutrinárias sobre a normatividade das Constituições, se encontra principalmente em determinar o caráter jurídico, ou não, das normas programáticas e, sobretudo, o grau de eficácia e de aplicabilidade de todas as normas da Constituição.

Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa que se depara a boa doutrina constitucional de nosso tempo. [...] Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras

²⁴¹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 435-436.

²⁴² *Ibid.*, p. 436.

relativas a futuros comportamentos estatais.²⁴³

A postura de Bonavides é por nós corroborada como fundamental para a mudança do paradigma praticado. No dizer desse autor, não há como negar a existência de uma Constituição imediatamente eficaz e aplicável, ou seja, de caráter e conteúdo jurídico, e não programático, na medida em que o programático possa significar para as Constituições, como significou e ainda significa no pensamento de alguns juristas, ausência de juridicidade.²⁴⁴

O fato é que, hoje, tais paradigmas devem ser deixados no passado. Parece-nos inquestionável que, atualmente, a Constituição afigura-se como principal mecanismo de captação de uma consciência jurídica geral de um povo e dos valores sociais da Nação. A Constituição de 1988, assim, busca superar o velho paradigma, onde o Judiciário terá a árdua tarefa de se posicionar no sentido de sua aplicação, obrigando-se a repensar o seu papel nessa nova ordem jurídica, buscando efetivar legitimamente os direitos sociais contemplados na Constituição.

Confirmando o quanto a interpretação doutrinária construída segundo uma matriz liberal constitui mecanismo de fragilização da Jurisdição, recordamos Bercovici que, ao analisar a Constituição sob os pontos de vista financeiro e econômico, refere que os aspectos financeiros deveriam dar suporte aos econômicos. No entanto isto não aconteceu, senão vejamos:

Um dos motivos é a separação que a doutrina e a prática constitucional pós-1988 promoveram entre a Constituição financeira e a Constituição econômica, como se uma não tivesse nenhuma relação com a outra e como se ambas não fizessem parte da mesma Constituição de 1988. A Constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse “neutra”, meramente processual, com diretrizes e lógica próprias, separadas totalmente da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia. Separada da Constituição financeira, **a Constituição econômica de 1988 foi transformada em mera “norma programática”**. (grifo nosso)²⁴⁵

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 210-211.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 210-211.

²⁴⁵ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lênio Luiz; MORAES, Jose Luiz Bolzan de (Org.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 128-129.

Associado à essa crítica de Bercovici, importante destacar, a título de suporte do paradigma até há pouco retratado, a atuação do STF no tocante à aplicação do artigo 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal, que sofreu alteração com a Emenda Constitucional no.40/2003. Defendia, o STF, que a norma em questão não era auto-aplicável, exigindo a intermediação de legislação infraconstitucional, editando, inclusive, a Súmula 648 que versa sobre a matéria. Vários Tribunais Estaduais entendiam a norma como auto-aplicável, o que gerou controvérsia acirrada no país. Na ação direta de Inconstitucionalidade n. 2.591/DF, o STF definiu, sem embargo, que cabe ao Conselho Monetário Nacional a fixação da taxa de juros e, portanto, carece de mediação legislativa, decidindo em favor das Instituições Financeiras. Dado interessante é que nas hipóteses que envolvem ente público, a limitação de 12% existe, ou seja, em casos tais, há a limitação dos juros, a exemplo dos casos de desapropriação, por ocasião do pagamento de indenização, o que não existe quando envolvidos particulares e instituições financeiras privadas.²⁴⁶

Outro dado empírico que bem demonstra a posição do STF, seguindo a hipótese da influência positivista liberal-individualista, que acaba por limitar a natureza dos direitos constitucionais, está vinculada à interpretação que a Corte reiteradamente dava ao uso do Mandado de Injunção, de sorte a retirar a eficácia desse instrumento constitucional, abstendo-se, o Tribunal, de agir na ausência de norma infraconstitucional regulamentadora. Em alguns casos,

²⁴⁶ ADI 2591/DF-DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Julgamento: 07/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno EMENTA: Código de Defesa do Consumidor. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. Instituições Financeiras. Sujeição delas ao código de defesa do consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia [ART. 3º, § 2º, do CDC]. Moeda e taxa de juros. Dever-Poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil.

RE-AgR 509500/RS - RIO GRANDE DO SUL. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 26/06/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma EMENTA: 1. Juros reais: incidência da Súmula 648 ("A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar"). Caso anterior à EC 40/2003. 2. Capitalização de juros. M. Prov. 2.170/01. CF, art. 62: RE prejudicado, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial paralelamente interposto ao extraordinário, para declarar a validade da taxa de juros remuneratórios pactuada pelas partes e permitir a capitalização mensal dos juros para os contratos firmados após a publicação da MPr 1963/00, reeditada pela MPr 2.170/01. 3. Se o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial, apreciou matéria constitucional e, supostamente, usurpou a competência do Supremo Tribunal, cabia à instituição financeira a interposição de recurso extraordinário contra a decisão. 4. Agravo regimental desprovido.

RE-AgR562846/SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 17/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. TAXA. 12% AO ANO. SÚMULA 618. 1. A jurisprudência do Supremo é firme no sentido de que, "na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% [doze por cento] ao ano". Agravo regimental a que se nega provimento.

reconhecendo, no máximo, a mora do legislador, concedia prazo para a regulamentação da norma constitucional.²⁴⁷ Hoje, tal posição parece estar sofrendo alterações, tanto que, recentemente, o STF vem atuando concretamente na garantia do direito postulado, mesmo quando ausente norma regulamentadora.²⁴⁸

Por revelador da alteração que vem sofrendo a posição do STF, significativa mudança de paradigma na interpretação constitucional, mostra-se oportuno trazer à análise trecho do voto do Ministro relator do MI 721, Ministro Marco Aurélio:

Passados mais de quinze anos da vigência da Carta, permanece-se com o direito latente, sem ter-se base para o exercício. Cumpre, então, acolher o pedido formulado, pacífica a situação da impetrante. Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República ao fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente. [...] Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º. da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com a atividade do Legislativo. [...] **é tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º. da Constituição Federal ao cidadão.** (grifo nosso)²⁴⁹

Essa interpretação das normas constitucionais reflete as crises pelas quais o Estado passa, em especial, a crise de paradigma individual-liberal, à qual vem associada, também, a crise de paradigma epistemológico (de reprodução e não propriamente de produção) e a persistente concepção da idéia de sujeito-objeto, ou ser e dever ser, como entes distintos, que ainda persistem no imaginário jurídico.²⁵⁰

²⁴⁷ Citamos, a título de exemplo da posição conservadora do STF nos julgamentos de mandado de injunção, os MI 107-3, MI 444-7, usando o argumento das normas programáticas. Em ambos, o STF entendeu que o reconhecimento do direito dependia de legislação infraconstitucional.

²⁴⁸ Recentemente, vem se alterando a posição do STF, que está a indicar uma utilização mais efetiva ao instrumento constitucional, pelo que foi decidido no MI 712-8 e no MI 721-7.

²⁴⁹ Voto Ministro Marco Aurélio MI n.721 STF.

²⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição . Jurisdição constitucional e hermenêutica* uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2

E, para desempenhar esse novo papel, é preciso que o intérprete se desvincule dos ideais iluminista-racionalistas, e impedir que as Súmulas, em especial, as vinculantes, reforcem e perpetuem a mesma ideologia racional que a burguesia do século XVIII e seguintes nos legou. A cultura jurídica brasileira costuma enfatizar, por exemplo, a neutralidade da lei. A lei, todavia, não é e nunca foi neutra - ela é geral, coisa bem diferente. A par disso, há ainda os pressupostos indemonstráveis sobre os quais se assenta o pensamento jurídico, e que precedem de três divisões do saber e da ação: a separação do Direito e da Moral (reportável a Kant), a separação da Economia e da Política (reportável a Smith) e a separação do Estado e da Sociedade (reportável a Montesquieu). Ora, o estudo acadêmico mais rigoroso e com preocupações multidisciplinares põe hoje em questão todas essas dicotomias. Será que a cultura jurídica é capaz de enfrentar, objetivamente, esses problemas sem tapas na mesa e sem as falsas certezas do senso comum dos juristas?²⁵¹

Será que a nossa cultura jurídica realiza um autoquestionamento como o acima suscitado? É necessária e fundamental a elaboração de uma nova cultura jurídico-política, que seja capaz de redefinir o paradigma praticado e dominante neste país.

[...] o Direito permaneceu confinado a um conjunto de representações permeado pelas crises de paradigmas, isto é, de um lado a doutrina e a jurisprudência trabalham ainda sob a perspectiva de um modelo liberal-individualista-normativista, e, de outro, como que a avaliar esse (velho) modelo, estão o paradigma epistemológico da filosofia da consciência e o paradigma essencialista aristotélico-tomista.²⁵²

A resposta ao questionamento de Eduardo Faria, e o entendimento pela necessária revisão de paradigmas, sustentado por Streck, virão com o tempo. Mas, para que a resposta seja positiva, é necessário que se difunda, na consciência coletiva, a necessidade de transformação do papel do juiz e do Judiciário. E tal mudança de paradigma, por certo, reclama uma mudança do ensino nos Cursos de Direito.

²⁵¹ FARIA, José Eduardo; LOPES, José Reinaldo de Lima. Pela democratização do Judiciário. **Coleção Seminários**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 16, mar. 1987.

²⁵² STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 43.

Com efeito, às instituições de ensino cabe um sério questionamento quanto à condução da educação manualesca difundida e, segundo o magistério de Streck, o modelo de Direito predominante no Brasil, ainda, longe de atender as demandas provenientes de uma sociedade complexa, no interior da qual convivem os mais significativos contrastes. Infelizmente, ainda se desenvolve no imaginário dos juristas o modelo ou modo de produção forjado para resolver conflitos de índole interindividual. Essa crise pode ser detectada nas práticas quotidianas dos juristas, na cultura manualesca que as informam, bem como nas salas de aula, nos cursos de Direito. Há uma dificuldade enorme em convencer a comunidade jurídica acerca do valor da Constituição²⁵³ e do constitucionalismo.²⁵⁴

O que põe em relevo o fato de o aluno, nos moldes dos propósitos da exegese, ser um reprodutor de conhecimento jurídico, satisfazendo-se com a ausência de questionamento e constituindo presa fácil aos propósitos da manutenção do “status quo”.

Em suma, evidencia-se a necessidade de construção de uma nova cultura jurídica. Nesse sentido, Severo Rocha sinaliza que, sem uma profunda autocrítica, os professores de Direito ainda estão muito longe da elaboração de um paradigma jurídico mais crítico, e a formação desta nova cultura depende de três aspectos indissociáveis: da racionalidade institucional; de uma reforma epistemológica e da conjuntura política.²⁵⁵

E a revisão destes paradigmas se mostra ainda mais necessária, quando, na prática jurídica, se verifica a utilização de teorias abstratas, com o intuito único de manter a ordem jurídico-política do país, ainda atrelada ao modelo liberal-individualista. Quando as normas constantes na Carta Política são consideradas programáticas, lá constando como ideais de

²⁵³ Sustenta Streck que é fundamental ressaltar a autonomização do Direito. Para esse autor, mais do que sustentáculo do Estado Democrático de direito, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito é a sua própria condição de possibilidade, unindo, conteudisticamente, a visão interna e externa do direito.[...] A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de constitucionalismo social e compromissório é, assim, a manifestação desse acentuado grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis (portanto a autonomia do direito não emerge apenas na sua perspectiva jurisprudencial; há algo que se coloca como condição de possibilidade ante essa perspectiva jurisprudencial: a Constituição entendida no seu todo principiológico. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law e Economics**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. ix-x. (Prefácio da obra).

²⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição . Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 78.

²⁵⁵ Cfr. ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003. p. 172.

futura implementação, sem a devida vinculação do legislador infraconstitucional e, dos Administradores encarregados de sua aplicação e implementação, reconduzindo-as a um mero plano de governo.

Conforme Bolzan de Moraes, é necessário examinar as circunstâncias a partir do contexto e do sentido do constitucionalismo brasileiro contemporâneo:

[...] há que se abandonar uma postura dogmático-positivista para buscar o melhor sentido do texto, voltado à realização do dirigismo constitucional. Só assim estar-se-á construindo o efetivo significado da norma constitucional, com uma hermenêutica que incorpore o seu caráter transitório peculiar a um constitucionalismo que se assume como projeto cultural e histórico, incorporado à tradição das Constituições Dirigentes, mesmo envolvidas estas pela nebulosa fragilização da capacidade decisória dos Estados Nacionais Constitucionais atuais.²⁵⁶

Essa visão liberal-individualista e racional de que estamos a tratar influencia não somente a interpretação constitucional, mas, sobremaneira, o nosso processo civil de modo que inúmeros procedimentos acabam ineficientes, mal utilizados, ante uma leitura e uma prática equivocadas, ou mesmo temerosas, de certos institutos, porquanto, os próprios juízes e Tribunais, em inúmeras circunstâncias, “esquecem-se” de sua vinculação à Constituição.

Nessa esteira, entendemos que é necessário superar essa interpretação limitadora dos direitos constitucionais, pela sua relevância na realização do Direito em qualquer sociedade, porquanto, a imbricação destes determina a postura do Estado na conformação da maneira de administrar a justiça. A Constituição deve ser compreendida como documento não só fundante do Estado, mas, como vinculante dos Poderes Públicos na efetivação das políticas nela inseridas.

²⁵⁶ MORAIS, José Luis. Bolzan de A Jurisprudencialização da constituição. Qual a norma contida no texto: o caso das contratações temporárias no serviço público. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS; Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 3, p. 102, 2005. A crítica dirigida por Bolzan de Moraes ao dogma positivista vai acompanhada da afirmação de que a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está a indicar uma superação desta concepção quando enfrenta a questão da contratação de pessoal técnico por tempo determinado para a salvaguarda do princípio da continuidade da ação estatal. ADIn 3068-0 DF. “A alegada inércia da Administração não pode ser punida de modo a causar dano ao interesse público, que deve prevalecer em risco a continuidade da atividade estatal. Este Tribunal não é instância de penalização da inércia da Administração. Deve considerar, fundamentalmente, o que está escrito na Constituição do Brasil.”

Se não houver, pois, a compreensão da nova pauta institucional prevista na Constituição para o Poder Judiciário, não será possível superar essa visão que denominamos mecanismo de desvio de efetividade da própria Jurisdição.

Por essa razão, a noção de limitação dos direitos constitucionalmente tutelados, conforme lançada por Rosenberg, pode ser aplicada ao nosso sistema, ainda que, na análise por ele empreendida, com base no sistema americano, a justificativa seja a ausência de previsão expressa na Constituição de direitos sociais e a noção jurídica de uma Constituição estrutural e de direitos negativos, estando a maioria dos direitos ligados ao *Welfare State* regulados pelo Legislativo.

Dentro da própria doutrina americana, como já afirmado, há posições que, de certa forma, divergem de Rosenberg, quanto a natureza limitada das normas Constitucionais, e levantam a questão por nós suscitada acerca da influência da interpretação constitucional na garantia dos direitos sociais. Relembrando, Sunstein a esse respeito, afirma que a interpretação constitucional é que importa, quando se trata da garantia dos direitos sociais, pois, mesmo ausentes tais direitos do texto constitucional, a interpretação que foi dada a vários dispositivos constitucionais, na década da Warren Court, foi alterada nas décadas posteriores, o que foi determinante e acabou impedindo o reconhecimento dos direitos sociais como integrantes da Constituição Federal.²⁵⁷

Se os direitos sociais não são autodetermináveis da Constituição, definir o seu conteúdo, ao menos no que tange ao mínimo existencial (só aferível no caso concreto), caberá sempre aos Tribunais, intérpretes últimos da Constituição.²⁵⁸

Eles existem e podem ser hauridos da Constituição material; portanto, confirma-se o quanto a interpretação constitucional (e a *interpreting population*) pode atuar negativa ou

²⁵⁷ SUNSTEIN, Cass R. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? University of Chicago Law School. Public Law and legal theory. **Working Paper Series**. Paper n. 36, p.14-16, Jan., 2003. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>> and Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=375622>. Acesso em: 16 jul. 2008.

²⁵⁸ Parece-nos que, neste sentido, a hermenêutica desempenha fundamental papel de controle da fundamentação. Novamente valendo-nos de Streck, referimos que, “mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar o que foi fundamentado). Fundamentar a fundamentação, pois. Ou ainda, em outras palavras, a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedimental da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas [...] faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas : da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 282.

positivamente na ampliação do papel do Judiciário e na implementação das normas constitucionais, bem como no reconhecimento, ou não, da imediata tutela desses direitos, pelos exemplos que foram suscitados quando da análise do sistema americano e, de igual forma, no nosso sistema.

Mesmo Rosenberg, quando constrói a visão da *Dynamic Court*, aceita como fator determinante de modificações sociais implementadas pelo Judiciário os precedentes criados pela *Warren Court*. Vale dizer que, na Jurisdição americana, em decorrência desses movimentos e da interpretação da Suprema Corte, várias leis estaduais, garantidoras de direitos sociais, foram introduzidas nas décadas seguintes às paradigmáticas decisões, a exemplo dos programas instituídos pelo *New Deal Statutes*, dos anos trinta e quarenta, e os programas da *Great Society Statutes*, dos anos sessenta.²⁵⁹

Como conclusão parcial, portanto, podemos afirmar que a *Constraint I*, suscitada por Rosenberg, pode ser transposta ao nosso sistema como um mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição, considerada aí a interpretação constitucional e, ao mesmo tempo, é possível afirmar correta a posição sustentada por Canon & Johnson sobre a importância da *interpreting population*, na construção da doutrina e na interpretação constitucional, sustentando-se que, se superada pelo meio jurídico a visão limitada das normas constitucionais, que induz a “baixa constitucionalidade”, será possível visualizar maior efetividade à Jurisdição Constitucional.

Nas linhas que se seguem, verificaremos outro instrumento que perpetua a visão positivista liberal-individualista do sistema jurídico e limita a atuação da Jurisdição: as Súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico, abordando a sua função, correlacionando-as ao papel da *interpreting population*, para definirmos se elas podem ser, igualmente, consideradas, um mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional.

²⁵⁹ Social security act of 1935 to provide for the general welfare by establishing a system of Federal old age benefits, and by enabling the several states to make more adequate provision for aged persons blind persons, dependent and crippled children, maternal and child welfare, public health and the administration of their unemployment compensation laws [...], Housing act of 1949 that call for the realization as soon as feasible of the goal of a decent home and a suitable living environment for every American family [...].” GLENDON, Mary Ann. Rights in the Twentieth-Century Constitutions. **University of Chicago law Review**, Chicago, p. 5, winter, 1992.

3.1.2 A Súmula Vinculante e a Justificação/Fundamentação das Sentenças

A introdução, em nosso sistema jurídico da Súmula vinculante, pela Emenda Constitucional no.45, é um exemplo clássico do quanto ainda estamos presos ao modelo racionalista, dedutivista-objetificante, ao retirar do julgador a mediação fática que pode conduzir a uma interpretação mais adequada ao caso concreto, afetando, sobremaneira, o nosso sistema difuso de controle de constitucionalidade.

Assim, seguindo a tentativa de demonstrar o “estado da arte” interpretativo, nos ocuparemos, neste momento, especificamente, das Súmulas, resultantes da uniformização da jurisprudência e a vinculação existente no sistema.

No Brasil, tem-se verificado uma tendência à ampliação da autoridade do precedente, admitindo-se a vinculação, em graus variados, a determinadas decisões judiciais de natureza constitucional que, assim, passam a adquirir força de lei, com eficácia geral, inclusive, com efeitos retroativos ou diferidos. Trata-se de exceção ao princípio da independência jurisdicional típico dos sistemas da *Civil Law*. Mas nem sempre foi assim. Inúmeras passagens da nossa história demonstram tentativas vinculativas que não prosperaram.²⁶⁰

A função uniformizadora da jurisprudência, da qual resultavam os Assentos, na época imperial, e posteriormente, na republicana, cabia ao Supremo Tribunal Federal, e era função por ele cumulada com a de guardião da Constituição. Essa situação foi alterada com a Carta Política de 1988 que, criando o Superior Tribunal de Justiça, delegou-lhe a função de uniformização da interpretação infraconstitucional, mantendo o Supremo Tribunal Federal no papel de guardião da Constituição Federal.

Como objetivo primordial da Súmula resultante da adoção do incidente de uniformização de jurisprudência, buscavam, e ainda buscam, os juristas, evitar a desarmonia de interpretação de teses jurídicas dentro dos Tribunais, homogenizando-as. Dessa forma, buscam reafirmar os valores da segurança jurídica, da certeza na aplicação da lei, da

²⁶⁰ “[...] la jurisprudencia continental abandona cada vez más claramente el enfoque conceptual para pasar a la casuística de los problemas recién descubiertos [...]”. (ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración del derecho privado**. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. p. 284).

previsibilidade ou estabilidade jurídica (princípio da proteção da confiança), fatores que sempre estiveram presentes em qualquer sistema jurídico, como densificações do princípio do Estado de Direito. Restaria verificar que certeza e que segurança esses valores acabam por perpetuar.

À época imperial brasileira, não se podia contar, propriamente, com uma jurisprudência nacional. No ano de 1875, foi estendida atribuição, com força de lei, aos Assentos expedidos em Portugal, nos termos do Decreto Legislativo n. 2.684, de 23.10.1875.²⁶¹ Tal vinculação, entretanto, não se mostrava adequada, consideradas as diferenças sociais e reais da sociedade brasileira em relação à portuguesa.

Por sua vez, as Ordenações vigentes estabeleciam que, na inexistência de lei, os juízes deveriam julgar de acordo com os estilos e costumes. Estes, por sua vez, fossem inexistentes para o caso, e se se tratasse de matéria relativa a pecado, o julgamento seria segundo o Direito Canônico; mas, segundo as leis imperiais, se não envolvesse a referida matéria, na falta de texto aplicável, o Rei decidiria.

As Ordenações, no Livro III, título 69, previam que ‘não podem todos ser declarados em esta lei, mas procederão aos julgadores de semelhante a semelhante’, disposição esta precedida por outra, no mesmo sentido, no título 65, 52, “in fine”, onde se lê que os desembargos do rei ‘são leis para desembargarem outros, semelhantes’, o que importa, segundo Streck, na delegação, ao juiz, de um certo arbítrio em resolver os casos omissos.²⁶²

Streck acrescenta que os julgados induziam estilo, quando em número elevado, o que valeria dizer que teriam força de lei, se determinados requisitos estivessem presentes, entre os quais, a repetição e a conformidade de atos, isto é, a conformidade com a boa razão, ou seja, o de não serem contrários às leis do reino. De qualquer sorte, a jurisprudência, de início, somente possuía autoridade doutrinária ou, como diríamos hoje, persuasiva, uma vez que a Constituição Imperial, de 1891, já dispunha sobre a vinculação do povo à lei, sendo defeso ao Poder Judiciário a função legislativa.²⁶³

²⁶¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 73, p. 115-43, 1971.

²⁶² STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função**: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 79.

²⁶³ *Ibid.*, p. 80.

Desde aquele remoto início de formação da jurisprudência brasileira até os dias atuais, passamos por várias etapas que, já em seu nascedouro, previam a vinculação dos Assentos portugueses ao Direito praticado no Brasil. Com o desenvolvimento da jurisprudência, mas ainda no período monárquico brasileiro, verifica-se a preocupação do meio jurídico com a unidade da jurisprudência. O objetivo declarado sempre foi o de conferir um tratamento igualitário àqueles que estivessem envolvidos em conflitos com as mesmas características.

Portanto, as tentativas de vinculação do Judiciário à interpretação das Cortes Superiores não é novidade na nossa história jurídica, em especial, quando considerados os Assentos portugueses, que exerceram e exercem, ainda, influência no nosso sistema.

Castanheira Neves salienta, inúmeras vezes, a controvérsia quanto à natureza jurídica do Instituto dos Assentos, sua constitucionalidade e abrangência dos seus efeitos no âmbito do sistema lusitano. Dentro desses campos, parece residir o núcleo mais relevante do debate a respeito dos Assentos em Portugal.

Para Castanheira Neves:

[...] os Assentos são uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstrata, proposta à predeterminação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só se impõe com a força ou a eficácia de uma vinculação normativa universal, como se reconhece legalmente com o caráter de fonte de Direito, com o que assumem a natureza de uma disposição legislativa.²⁶⁴

De qualquer sorte, no projeto de reforma do Código de Processo Civil, de 1973, já constava a possibilidade da vinculação do Judiciário às Súmulas editadas pelos Tribunais Superiores, questão amplamente defendida por Alfredo Buzaid. Mas, o projeto não foi aprovado nos moldes por ele propostos, e os artigos que tratavam da vinculação das Súmulas acabaram vetados.

²⁶⁴ NEVES, Antonio Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**: comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 34-5.

O artigo 479²⁶⁵ do Código de Processo Civil dispõe sobre a edição das Súmulas pelos Tribunais Superiores. Embora tendo sido introduzido pelo Código de 1973, o STF já havia adotado o procedimento desde 1964, por meio de seu regimento, quando tivesse por predominante determinado posicionamento jurisprudencial, ficando ressalvada a possibilidade de revisão das Súmulas. Entretanto, entendemos que a leitura deste artigo deve ser restritiva, no sentido de que não se aplica mais às Súmulas editadas pelo STF, que vêm reguladas pela Emenda Constitucional n.45, se-lhe aplicando, em nosso entendimento, somente aos demais Tribunais cujas Súmulas permanecem persuasivas, salvo melhor juízo.

Com as Súmulas, buscam os Tribunais dar coesão ao sistema e, mais especificamente, à jurisprudência, cujos propósitos citados, podemos sintetizar, dentro da perspectiva do paradigma ora criticado, como sendo os de assegurar o respeito aos fins e às metas do sistema jurídico em vigor, além da condição de sentido, uma condição de validade, em função do controle difuso que exerce.

Também, dentro dos objetivos dos Tribunais está a função de propiciar diretrizes e orientar a aplicação do que seria a jurisprudência neles pacificada. Por meio dessa orientação, regulam o discurso jurídico e imunizam o sistema de outros posicionamentos, além de outras interpretações que não as lógico-formais ou mesmo as utilizadas pelo Tribunal, fechando a possibilidade a outras interpretações. E, finalmente, buscam dar certa estabilidade aos jurisdicionados. Contudo, tal poder tende a perpetuar o paradigma que vem sendo reafirmado pelas várias vinculações interpretativas já existentes no sistema.²⁶⁶

Com a crescente autoridade das Súmulas e, em especial, a Emenda Constitucional n.45, que instituiu a vinculação às mesmas dos órgãos Judiciários e da Administração direta e indireta e, via de conseqüência, da sociedade, o tema precisa ser por nós enfrentado, considerando a agressão que tal vinculação pode causar ao sistema jurídico, pela “suposta” efetividade que se preconiza advir da aplicação vinculativa, do que radicalmente discordamos.

²⁶⁵ “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de Súmula e constituirá precedente na uniformização da Jurisprudência. Parágrafo Único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das Súmulas de Jurisprudência predominante”.

²⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função**: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 114.

As Súmulas, mesmo antes da Emenda Constitucional n.45 já causavam certa perplexidade no sistema; tanto é que o Tribunal Superior do Trabalho, de há muito, pratica a vinculação obrigatória de seus Enunciados, inclusive com interpretação desta Corte a preceitos constitucionais, o que, a rigor, foge à sua competência, ao menos como último intérprete.

O fato de a jurisprudência uniformizada pelos Tribunais Superiores ser objeto de formulação de Súmulas acaba ocasionando efeitos processuais relevantes. Por exemplo, a sua citação, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados, conforme prevêm os Regimentos Internos do STF e do STJ, ou ainda, permitirá arquivar ou negar seguimento a pedido de recurso extraordinário (art. 22, § 1º, do RISTF); também, quando contrariar a jurisprudência predominante no Tribunal, podendo, inclusive, o Relator, negar seguimento a recurso contrário à Súmula do Tribunal (art. 34, XVIII, do RISTJ), consoante o conteúdo do artigo 38 da Lei 8.038/90.²⁶⁷

A Emenda n.45 acrescentou ao parágrafo 2º. do artigo 102 da Constituição Federal a eficácia vinculante das decisões proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade, disciplinando na Constituição matéria que vinha já regulada na legislação acima referida.

Ao regradar a matéria em Emenda Constitucional, as Súmulas alcançaram os efeitos vinculantes das várias ações à matéria constitucionalmente regulada, o que levanta de imediato ao operador do direito a questão do que é e do que não é vinculante, porquanto, as leis ordinárias vão além da Emenda na previsão vinculativa de outros instrumentos. Ou seja, será vinculante somente o que a Emenda definiu como tal?

Sem embargo, outros questionamentos se apresentam, tais como qual tratamento dar à legislação infraconstitucional que regulava as várias ações constitucionais, e que também atribuía efeito vinculativo, como, por exemplo, nas decisões de interpretação conforme à Constituição, ou de nulidade parcial de texto e os efeitos invertidos nas ADI e na ADC? Entendemos, novamente, que a leitura quanto à vinculação deve ser restritiva, o que significa

²⁶⁷ “Art. 38. O relator do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido o seu objeto, bem como negará seguimento, atendido o recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente. Ou ainda que contrariar nas questões predominantemente de mérito, Súmula do respectivo Tribunal. A Lei n. 9.756/98 trouxe alterações à Lei n. 8.038/90, acrescentando dois novos dispositivos, designados como artigos 41-A e 41-B. Igualmente a Lei dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos Tribunais, alterando o Código de Processo Civil nos artigos 120, § único; art. 511, § 1º e 2º; art. 542, § 3º; art. 544, § 3º; e artigos 545 e 557 e parágrafos 1-A, 1º e 2º.”

dizer que somente é vinculante aquilo que a Emenda Constitucional assim expressamente prevê e, portanto, alterada a regulamentação anterior dada pela legislação infraconstitucional.

Mas, a Emenda Constitucional n.45, finalmente, encerra a questão de serem ou não vinculantes as Súmulas no nosso sistema, limitando, é verdade, tal efeito às Súmulas editadas pelo STF, com a introdução do artigo 103-A, onde define a forma de criação e a vinculação dos Tribunais inferiores e da Administração direta e indireta.²⁶⁸

O novo texto constitucional regula o procedimento de edição das Súmulas criando novos requisitos para a edição das mesmas pelo STF, considerando exatamente a repercussão de sua vinculação, pressupostos que vieram a ser detalhados com o advento da Lei 11.417/06.

Além dos requisitos anteriormente existentes, como o de reiteradas decisões sobre a mesma matéria e controvérsia entre Tribunais, encontramos, agora, definido que a Súmula terá por objetivo *a validade, a interpretação e a eficácia de normas que suscitem controvérsia e que isto acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, exigindo ainda quorum especial de 2/3 para sua aprovação.*

O novel requisito de validade, salvo melhor juízo, parece-nos, relativo à divergência ou controvérsia que possa existir entre Tribunais inferiores quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma; sendo considerada a controvérsia atual e relevante, se manifestará o STF a respeito.

Além da questão da validade, surge, também, o requisito da *interpretação divergente* que reside nas diversas interpretações que possam estar sendo dadas à mesma norma, ou

²⁶⁸ “Art. 103-A da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após, reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar Súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. §1º. A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. §2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de Súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. §3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a Súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da Súmula, conforme o caso.

dispositivo legal, pelos diversos Tribunais, já superada a questão de validade da mesma. Ainda em relação a este requisito, deve ser dito que interpretações diversas de dispositivos legais não podem ser surpresa ao operador do direito.

Ademais, comungamos do entendimento segundo o qual o mesmo texto pode dar ensejo a duas normas; e, nesses casos, conceder efeito vinculante a um sentido interpretativo é desconsiderar outras possibilidades hermenêuticas do sistema, posto que toda interpretação é sempre um ato de aplicação.²⁶⁹

A Emenda Constitucional em comento acresceu, ainda, a possibilidade de edição de Súmulas buscando dirimir questão quanto à *eficácia de dispositivos legais* e que, novamente concordando com Streck, parece referir ao entendimento decorrente do efetivo comportamento dos destinatários em relação à norma posta e à sua aplicação pelos Tribunais em caso de descumprimento.

Eficácia teria, assim, com a aplicabilidade, restringindo-se a noção ao sentido jurídico, pelo qual a norma deve ter possibilidade de ser aplicada, isto é, deve ter capacidade de produzir efeitos jurídicos, não se cogitando de saber se ela produz efetivamente esses efeitos, o que remeteria a discussão a uma perspectiva sociológica, que trata da eficácia social.²⁷⁰

A doutrina que trata sobre a Emenda Constitucional n.45 acompanha o entendimento acima exposto sobre a pretensão de o constituinte derivado, com os novos requisitos de validade, interpretação e eficácia na edição das Súmulas, senão vejamos:

A necessidade de que exista não qualquer controvérsia, mas controvérsia sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, desnuda outra restrição finalística, pois a Súmula vinculante não tem o mote de extinguir com a resistência perante o conflito de

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz et al. (Coord). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 171. “relembre-se a esse propósito, a vigência – e a validade – entre nós, durante décadas, da conhecida Súmula 400 do STF, cujo teor era (é): Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do artigo 102, III, da Constituição Federal”. Lênio Luiz Streck, Efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional – da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário (EC 45/04).

²⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário (EC 45/04). In: _____ et al. (Coord.). **Comentários à reforma do poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 176.

interesses, mas o destino de desvelar o entendimento sedimentado sobre determinadas teses jurídicas atinentes à exegese constitucional normativa, quais sejam: validade, interpretação e eficácia. Controvérsia sobre a validade, na seara constitucional, é divergência atinente à constitucionalidade de norma infraconstitucional concreta. Controvérsia sobre a interpretação é desacordo sobre o melhor significado de determinado dispositivo de acordo com os ditames constitucionais. Controvérsia sobre a eficácia é dissenso sobre a coercibilidade jurídico-social de normas determinadas no tempo ou no espaço.²⁷¹

Acompanhando os requisitos inseridos pela Emenda, consta, também, a inovação da necessidade de existir controvérsia atual entre Órgãos Judiciários sobre a validade, interpretação e eficácia de dispositivos legais e, ainda, quando existir tal controvérsia entre os Órgãos, esta acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de ações e recursos protelatórios.

Entendemos que essa inovação trazida pela aludida Emenda tem endereço certo: a própria União, que por meio de seus Órgãos Administrativos, é multiplicadora de ações e de recursos protelatórios, em números geometricamente ascendentes em nossos Tribunais, em flagrante desrespeito às decisões judiciais dos juízes de primeiro grau, reforçando, na população ou, pelo menos, contribuindo, em muito, com a idéia de que somente os Tribunais Superiores decidem “corretamente”, retirando toda a efetividade das decisões de primeiro e segundo graus.²⁷²

O que também nos parece relevante questionar desta introdução é como definir ou o que entender por grave insegurança jurídica. Igualmente, será necessário firmar o que entendeu, o legislador, por “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. O que é relevante? O que é questão idêntica?

Salvo melhor juízo, tais definições nos parecem, a *priori*, impossíveis de serem alcançadas, sem a devida mediação de fatos concretos, além do que, não podemos entender que a edição de Súmulas, que atendam a esses requisitos, possam restringir o acesso à justiça ao cidadão. A *ratio* da reforma judiciária está em garantir ao cidadão melhor acesso à justiça bem como celeridade e eficiência aos feitos, e não o contrário.

²⁷¹ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme. **Reforma do judiciário**. reflexões sobre as Súmulas vinculantes. São Paulo: Método, 2005. p. 309.

²⁷² Há de se considerar, ainda, a recente introdução no sistema da chamada Lei de recursos repetitivos, Lei n. 11.672/2008 que busca impedir o acesso de milhares de recursos aos Tribunais superiores até que estes decidam a matéria de sorte a pacificar o entendimento. Segundo os idealizadores da norma, a proposta da aplicação da Lei de Recursos Repetitivos é dar celeridade processual, buscando evitar o julgamento de inúmeros processos idênticos. A legislação, entretanto, no nosso entendimento, não propõe celeridade, mas sim, busca vincular as demais instâncias ao posicionamento do STJ sobre a matéria, impedindo que os Recursos sobrestados subam para sua apreciação e, após esta, tenham definição idêntica. Existem em tramitação, somente no STJ, 1.699 processos sobre a cobrança de assinatura básica mensal de telefonia fixa. As Súmulas aprovadas pelo Tribunal são indicativas do entendimento da Corte para as demais instâncias, mas não impediam a chegada ao STJ de novos recursos sobre o tema.

Assim, a definição de “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” não poderá ser resultado da discricionariedade pura do Poder Judiciário ou de entendimento de outro poder. Ademais, quando em debate a definição de “questão idêntica”, de imediato se coloca a vastidão geográfica e as diferenças sócio-econômicas do nosso país, bem como a necessária verificação das situações pessoais de cada litigante e as especificidades de cada caso concreto.

A significativa multiplicação de processos é algo fácil de ser verificado e demonstrado. Mas a gravidade da insegurança jurídica constitui elemento vago, embora se cinja na trajetória de ocupar o Supremo Tribunal Federal apenas de questões relevantes.²⁷³

E, realmente, ao se examinar a matéria que envolve as Súmulas editadas até a presente data pelo STF, fica evidenciado que o Tribunal não vem aplicando com rigidez os requisitos que autorizam a edição das Súmulas vinculantes. Ao que tudo indica, a intenção do Tribunal é barrar a multiplicação de processos em primeiro grau, vinculando os juízes, associado ao requisito também introduzido pela Emenda 45, da Repercussão Geral, impedindo o acesso à Corte o que se agrega, ainda, a temas que envolvem diretamente a União ou seus Órgãos administrativos, e temas que envolvem eventos de grande repercussão na mídia, como é o caso da Súmula que trata do uso das algemas, que certamente não é reflexo do preenchimento dos requisitos exigidos para a sua instituição.²⁷⁴ E, que parece

²⁷³ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme. **Reforma do judiciário**. reflexões sobre as Súmulas vinculantes. São Paulo: Método, 2005. p. 309.

²⁷⁴ Súmula vinculante n.1. Ofende a garantia Constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 11/2001. Súmula n. 2 é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias. Súmula n. 3 Nos processos perante o Tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Súmula n. 4 Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de calculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Súmula n. 5 A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Súmula n. 6 Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. Súmula n. 7 A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela emenda 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada a edição de lei complementar. Súmula n. 8 são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei Nº 1.569/1977 e os artigos 45 E 46 da LEI Nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Súmula n. 9 O disposto no artigo 127 da Lei Nº 7.210/1984 (Lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58. Súmula n. 10 Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder publico, afasta a sua incidência, no todo ou em parte. Súmula vinculante n. 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Súmula vinculante n. 12. A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no artigo 206, IV, da constituição Federal. Súmula n. 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

responder ao nosso questionamento lançado na introdução, se em nosso país os juízes, eventualmente, atuam movidos por pressões externas, ou ainda, ideologicamente.

Não podemos também deixar de fazer referência, a Súmula n.10, que causou estranheza ao meio jurídico, ao restringir a atuação dos órgãos fracionários, dispondo que somente o Plenário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, no todo ou em parte. E, o que fazer, então, com a interpretação conforme ou interpretação sem redução de texto?

Ainda que não seja objeto direto de análise, nesta pesquisa, não podemos deixar de citar as vinculações decorrentes dos inúmeros instrumentos processuais (ADIN's, ADPF, ADC etc.), disponíveis aos jurisdicionados para a defesa das garantias constitucionais. É pertinente destacar que, mesmo anteriormente à vinculação sumular introduzida pela Emenda 45, já contávamos com a vinculação hierárquica da magistratura e demais órgãos às decisões do STF.

As Leis 9.868/99 e 9.882/99, regulamentando normas constitucionais, estabeleceram efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Mais do que vincular as decisões definitivas, a Lei 9.868/99 conferiu poder de vinculação inclusive às técnicas de interpretação conforme à Constituição e de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, como forma de controle da constitucionalidade das leis.²⁷⁵

Streck destaca que o artigo 4º. da Lei 9.882/99, que regulamenta a ADPF- Arguição de descumprimento de preceito fundamental, trouxe outra possibilidade, como segue:

Assim, por entender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é, efetivamente, um remédio supletivo para os casos em que não caiba ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) ou Ação declaratória de constitucionalidade, parece razoável afirmar que, na hipótese de não se verificar um meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, há de se entender possível a utilização da ADPF, inclusive para declarar a inconstitucionalidade de uma Súmula, à semelhança dos relativos ao controle de

²⁷⁵ A Lei n. 9.882/99 veio para regulamentar o parágrafo 1º do artigo 102 da CF/88. Essa Lei, juntamente com a Lei n. 9.868/99, introduziu expressivas inovações no sistema de controle de constitucionalidade adotada pela Carta Maior. Essas leis em síntese dispõem, respectivamente, sobre o processo e julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Ação Direta de Constitucionalidade perante o STF.

legitimidade do Direito pré-constitucional, do Direito municipal em face da Constituição federal e nas controvérsias sobre o Direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram.²⁷⁶

Decorrência lógica da introdução desses textos legais no sistema foi, sem dúvida, a intenção de reforçar a autoridade do precedente jurisprudencial dos Tribunais de superposição, a ele vinculando juízes e Administração, independente de eventual inadequação constitucional de tal previsão.

Mas, o parágrafo 3º do artigo 103 –A da Constituição Federal estabeleceu a hipótese de reclamação para os casos de aplicação indevida da Súmula ou decisão judicial contrária à Súmula. A reclamação será dirigida ao próprio STF que, a sua vez, se julgá-la procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, determinando que outra seja proferida, com a aplicação da Súmula, ou não, conforme for o caso.

O que se verifica do aludido texto é que o STF não proferirá decisão ao caso, mas sim, devolverá a matéria à instância originária, o que não poderá ser feito sem a devida fundamentação. Ou seja, deverá especificar/ fundamentar as razões que o levaram definir que o juízo contrariou frontalmente determinada Súmula, ordenando que nova decisão seja emitida com a devida aplicação da Súmula.

A introdução da Súmula vinculante com o mecanismo da reclamação permite que seja criada uma espécie de jurisprudência de conceitos, no dizer de Streck, e suscita que o exame da aplicação devida ou indevida de Súmula exigirá do STF o exame do caso concreto, inclusive com a análise fática, para determinar se houve acerto ou equívoco na decisão, o que entra em conflito com a impossibilidade de reexame de questão fática nos Tribunais de superposição, matéria que já era tratada pela Súmula 279.²⁷⁷

Como muito bem ressalta Streck, ao tratar do paradoxo que a vinculação sumular e a reclamação trazem ao nosso sistema, pois, contra a aplicação indevida de lei ou Emenda

²⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 514.

²⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário (EC 45/04). In: _____ et al. (Coord.). **Comentários à reforma do poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 193.

constitucional, caberá recurso (em sentido lato), com todos os problemas decorrentes do juízo de admissibilidade; já no caso de indevida aplicação de uma Súmula vinculante, caberá reclamação. Assim, muito além da lei, a Súmula assume, no labor cotidiano da dogmática jurídica, um status de repositório de uma universalização conceitual-essencialista (como se a Súmula contivesse a substância da coisa).²⁷⁸

E, seguindo nessa linha argumentativa, sustenta Lênio Streck:

Agregue-se que a Súmula vinculante coloca em xeque o próprio sistema de controle de constitucionalidade em seu âmbito concreto/difuso. Parece paradoxal que um juiz possa deixar de aplicar um texto normativo (lei ou até emenda constitucional), sob o fundamento da inconstitucionalidade como questão prejudicial, e os tribunais, mediante suscitação de incidente, tenham o poder de declarar a inconstitucionalidade dos mesmos textos legais, e, diante de uma Súmula, têm a obrigação de aplicá-la, sob pena do manejo do instituto da reclamação, que liga diretamente o local da querela ao Supremo Tribunal Federal, prolator do ato vinculativo, formal e abstrato.²⁷⁹

O artigo 8º. da Emenda Constitucional no.45 autoriza o STF a dar efeito vinculante às atuais Súmulas desde que seguidos determinados procedimentos. Esse artigo merece dos operadores do direito sérias restrições e fortes críticas ante a incongruência jurídica que cria no texto da própria Emenda. Esclarecemos: a Emenda n. 45, para a criação das Súmulas vinculantes, exige do STF os vários requisitos que acima abordávamos e reclama para a sua aprovação, um “quorum” de 2/3 para a sua edição.²⁸⁰

Entretanto, o artigo 8º autoriza que as Súmulas anteriores à edição da Emenda em tela possam ser vinculativas, desde que confirmadas por 2/3 de seus integrantes e publicadas na imprensa oficial. Nada refere sobre os demais requisitos agora exigidos para a edição das Súmulas do STF, dando a entender de que basta a confirmação por 2/3 de seus integrantes e publicação oficial para que as Súmulas anteriores à Emenda, passem a ter o caráter vinculante, numa espécie de efeito retroativo.

²⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário (EC 45/04). In: _____ et al. (Coord.). **Comentários à reforma do poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 194.

²⁷⁹ Ibid., p. 157.

²⁸⁰ Art. 8º. As atuais Súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

À toda evidência, uma Emenda Constitucional deve ser interpretada a partir do seu conjunto, e não podemos admitir a vinculação de Súmulas anteriores à Emenda n.45 que, destarte, não seguiram os requisitos hoje exigidos para que se possa cogitar de sua vinculação, levando a uma contradição dentro do próprio artigo 103 –A, inclusive pelo fato de que uma das exigências é a atualidade da controvérsia, o que, por si só, implica um limitador de vinculação às antigas Súmulas. Ora, controvérsia atual é atual e não controvérsia passada, como observa Streck:

Entendo que a interpretação mais adequada do artigo 8º. é a que exige – para confirmação/convalidação das Súmulas atuais – os mesmos requisitos necessários para a edição das novas Súmulas.. [...] É preciso ter presente que, a partir da EC/45, a Súmula com efeito vinculante passou a ter conteúdo próprio, com objetivos, requisitos e condições de emissão. Sem o preenchimento de tais exigências, a Súmula não será uma Súmula (no sentido novo que o constituinte derivado estabeleceu). Ao instituir as Súmulas vinculantes, o legislador constituinte fez clara opção acerca da matéria a ser tratada pelas Súmulas que venham a ter esse efeito.²⁸¹

Quanto ao procedimento para revisão ou cancelamento de Súmula vinculante, a Emenda n.45 prescreveu que o legislador infraconstitucional estabeleceria os requisitos, o que veio regulamentado pela Lei 11.417/06, como antes já referido.

O poder reformador limitou-se a fixar o rol mínimo dos legitimados, abrindo espaço, brilhantemente, para que outros que não legitimados pela própria emenda, a partir de decisão do legislador ordinário, possam participar do trabalho de oxigenação da interpretação constitucional, em corolário com o que se defende, mais e mais no Brasil, a respeito da ampliação dos intérpretes da Constituição.²⁸²

Ainda que salutar a ampla possibilidade de debate sobre a Constituição, não devemos nos esquecer que a lei, à toda evidência, não pode extrapolar os limites hermenêuticos impostos pela própria Emenda, ou seja, não se pode facilitar a aprovação da Súmula e, ao mesmo tempo, limitar ou dificultar o processo de revisão ou cancelamento, permitindo-se, ainda, o acesso ou provocação de revisão por entidades que possam utilizar o procedimento

²⁸¹ STRECK, Lênio Luiz, O Problema da confirmação das súmulas atuais: os limites à interpretação do artigo 8º da EC 45/04. In: _____ et al. (Coord.). **Comentários à reforma do poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 334.

²⁸² LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme. **Reforma do judiciário**. reflexões sobre as Súmulas vinculantes. São Paulo: Método, 2005. p. 311.

com fins político-corporativos, como argumenta com propriedade Streck.²⁸³

Feitas as considerações pontuais sobre a Emenda n. 45, no que pertine às Súmulas, não podemos nos afastar da tese central de sua introdução. Sem dúvida, um dos pontos nevrálgicos do debate acerca das Súmulas vinculantes é o problema concernente à grande repetitividade de causas jurídicas faticamente semelhantes nos Tribunais superiores; são milhares de processos que, diga-se de passagem, recebem solução padronizada.

Nos próprios Tribunais, ainda que divididas as opiniões quanto à aceitação da repetitividade como argumento suficiente para a vinculação dos juízes inferiores, e a conseqüente perda da independência jurisdicional, parece ser este o mote precípua dos institutos como acima salientamos.²⁸⁴

A despeito das justificativas arroladas por vários doutrinadores em favor da vinculação das Súmulas, não há como negar o fato evidente de que a norma jurídica só revela suas potencialidades quando testada no contato direto com os casos concretos. Daí, parece-nos equivocada a percepção de que os processos julgados “a roldo” pelos Tribunais superiores sejam mais seguros e tenham a única resposta ou mais correta.

É notório, igualmente, que as Súmulas, de há muito, já vinculavam, indiretamente, não só os Tribunais inferiores e os juízes de primeiro grau, mas, também, toda a sociedade, ao exigir, como um dos requisitos de admissibilidade do recurso à Corte Superior que a decisão lhe fosse contrária, o que nos remete ao tema da inconstitucionalidade da vinculação dos Tribunais inferiores e juízes de primeira instância, bem como a sociedade em geral, às Súmulas editadas pelos Tribunais de superposição, como bem definiu a Corte Constitucional portuguesa, ao julgar inconstitucional a vinculação, naquele sistema, dos Assentos, e o que agora, novamente, se edita com outro expediente enfocado na Lei de recursos repetitivos.

²⁸³ STRECK, Lênio Luiz et al. (Coord). **Comentários à reforma do poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 161.

²⁸⁴ MELLO, Celso de. Entrevista. Folha de São Paulo, 15/06/97 apud STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante das Súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1 n. 3, p. 83, 2005. “a eficácia prática do princípio da Súmula vinculante é altamente questionável! Por uma razão muito simples: mesmo prevalecendo o princípio da Súmula vinculante, não há como inibir a sustentação, em juízo, de teses diametralmente opostas. [...] é um perigoso dirigismo estatal, que frustra a função transformadora e criadora da jurisprudência”.

Como destaca Ovídio Baptista:

[...] a adoção da Súmula vinculante busca solução para o problema dos Tribunais Supremos, sem limitar a competência recursal, procurando, ao contrário, preventivamente impedir que, no futuro, sejam os Tribunais chamados novamente a pronunciarem-se sobre questões legais já apreciadas por essas instâncias, em grau suficientemente seguro de sua Jurisprudência dominante. A respectiva solução torna-se, quando sumulada - tal como lei - uma norma geral de observância obrigatória para o próprio órgão emissor do julgado, bem como para as demais instâncias judiciárias.²⁸⁵

Insistimos na utilização de um instrumento já criticado pela doutrina e superado em países de tradição romano-germânica, acreditando que, em *Terrae Brasilis*, utilizando expressão comumente empregada por Streck, o instituto auxiliará na solução dos graves problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, em especial, na dificuldade de prover ao cidadão uma justiça célere e efetiva.

De toda abordagem até aqui empreendida, parece-nos conclusão lógica que a instituição das Súmulas vinculantes é resultado da matriz ideológica que impera no país e que não permite, talvez não sem propósito, que se modifique a situação. Ao vincular os magistrados de instâncias inferiores, os limita na possibilidade de realizar a justiça do caso concreto e, dessa forma, as súmulas vinculantes fragilizam a Jurisdição.

Não nos olvidemos que o texto é condição de possibilidade de um novo texto, nova interpretação, o que se aplica à questão da Súmula vinculante, no que pertine à necessidade de produção da diferença.

Isso implica afirmar que a instituição das Súmulas vinculantes é (também e fundamentalmente) um problema filosófico (hermenêutico). As Súmulas vinculantes representam um retrocesso em direção à metafísica clássica. Assim, na Súmula estaria “condensada a substância” (essência) de cada coisa jurídica, como se as Súmulas fossem “juízos assertórios” e uma “proposição pudesse mostrar o seu sentido. Ora, é preciso ter claro que a substância que estaria contida no verbete

²⁸⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano 4, n. 13, p. 492, jul./set. 1999.

sumular destemporaliza o sentido, pelo seqüestro da temporalidade.²⁸⁶

Ainda nessa esteira de entendimento, sustentando o retrocesso que a vinculação sumular impõe à tentativa de superar o modelo objetivista-clássico praticado e, novamente, ressaltando o trabalho hermenêutico fundamental para o desenvolvimento do Direito, acompanhamos Streck quando afirma que a redação da Emenda Constitucional n. 45 traz consigo um problema de ordem filosófica, ainda prestigiando o paradigma ora criticado:

Com efeito, o dispositivo sob comento separa os conceitos de validade, interpretação e eficácia, como que a repetir, de algum modo, a cisão que a hermenêutica clássica fazia entre a compreensão, a interpretação e a aplicação. Ora, o Direito não pode ficar imune ao problema do conhecimento. Há, hoje, um forte consenso sobre a superação dos pressupostos da hermenêutica clássica, mormente a partir do prestígio assumido no Direito pelas teorias de autores do porte de Hans Georg Gadamer. Isso significa afirmar que não mais interpretamos por partes ou etapas, como se dizia fazer nessa fase da hermenêutica: primeiro o intérprete conhecia/compreendia (*subtilitas intelligendi*), depois interpretava (*subtilitas explicandi*), para só depois aplicar (*subtilitas applicandi*).²⁸⁷

Ovídio Baptista resalta duas questões relevantes para repelir a aplicação das Súmulas vinculantes.

A primeira decorrente de seu pressuposto metodológico, que considera possível, contra a opinião praticamente unânime da doutrina moderna, a uniformidade abstrata de julgados, supostamente idênticos, com implícita recusa ao poder criador da Jurisprudência e, portanto, com a igualmente pressuposta negação do caráter hermenêutico do Direito, de modo especial de seu momento de aplicação judicial.[...] De resto como se viu pela observação de Calamandrei, esse resultado transformaria o texto sumulado em novo preceito de lei, afastando-o definitivamente da realidade contingente da sempre renovada experiência forense. **A segunda razão, para recusar a solução pela via da Súmula vinculante, é que seu propósito não é propriamente contribuir para a evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisioná-lo ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir, em constante convivência com a realidade social que lhe caiba disciplinar.**²⁸⁸ (grifo nosso)

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz et al. (Coord). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 154.

²⁸⁷ Ibid., p. 163.

²⁸⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano 4, n. 13, p. 493, jul./set. 1999.

Em seu raciocínio, o processualista acima referido ainda corrobora o seu posicionamento afirmando que:[...] a função criadora, progressista e inovadora do sistema jurídico, é que deve ser preservada como a legítima função contemporânea dessas Cortes superiores, e não aquela alcançável pela Súmula vinculante que, antes de se tornar instrumento de evolução do sistema, procura mantê-lo preso ao passado e, acrescentaríamos, além de limitar, significativamente, o controle difuso de constitucionalidade.²⁸⁹

Streck destaca a problemática que envolve, hoje, o controle difuso de constitucionalidade no nosso sistema. A decisão proferida no Habeas Corpus 82.959/SP, em votação acirrada por seis votos a cinco, passou a considerar inconstitucional a vedação constante em lei da progressão de regime nos crimes hediondos. Porém, a problemática não se instaurou devido à apertada decisão, e, sim, em relação aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade que, a toda prova, deveriam se dar interpartes e ex tunc, com a exigência de que o STF enviasse ao Senado dita decisão, para a suspensão ao dispositivo, e aí, sim, gerar efeitos contra todos conforme determina o artigo 52 X da CF. Entretanto, o STF conferiu a decisão efeito erga omnes e ex tunc, registrando-se que se trata de decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Assim agindo, a Suprema Corte rompeu com o sistema jurídico que trata do controle difuso, de cima a baixo, atingindo até mesmo a coisa julgada. Ante esta posição, hoje, se encontra em análise no Supremo a Reclamação n. 4.335, que trata deste tema, e que definirá os rumos do controle difuso no Brasil.²⁹⁰

Em consequência, reforça esse entendimento do STF, a busca pelo controle da decisão. Novamente a certeza e a segurança jurídica, antes procuradas na lei, agora, procuram se impor pelo entendimento da Corte Superior com a Súmula vinculante. O sistema substitui a lei pela decisão do STF. Resulta, portanto, fundamental a compreensão da importância do papel do juiz, na tomada de decisão, na adjudicação de sentido realizado na interpretação.

²⁸⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, ano 4, n. 13, p. 493, jul./set. 1999.

²⁹⁰ Streck acrescenta que o próprio STF em precedentes posteriores dá conta de que o referido decisum não produz o aludido efeito erga omnes. Nesse sentido, os votos do Min. Carlos Ayres Britto e Ricardo Lewandowski no HC 82959. Nota de rodapé n. 11 página 114. Teremos que aguardar o julgamento da Reclamação 4335 para então verificar quais os efeitos do controle difuso no nosso sistema, segundo o que for definido pelo Supremo. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e aplicação do direito; Os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade: o caso da lei dos crimes hediondos* In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, n. 3, p. 113-114, 2006.

Contrário a perpetuação do juiz como “boca da lei”, propiciada pela Súmula vinculante, destaca Streck:

[...] Se interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão, a compreensão da norma deve ser realizada pelo sujeito considerada a sua temporalidade, com total desprezo ao discurso jurídico-dogmático determinado por um texto significante-primordial-fundante, daí porque, conclui-se que não há um dispositivo constitucional que seja, em si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. A eficácia dessa norma advirá de um trabalho de adjudicação de sentido (sinngesamt) que será feito pelo hermeneuta/ intérprete.²⁹¹

Com efeito, a liberdade de interpretar a lei contribui para a harmonia entre o texto legal e a dinâmica da sociedade, adaptando o Direito ao seu momento, na preservação da pacificação social e na busca da solução dos conflitos individuais ou coletivos, na justiça do caso concreto, observadas as suas peculiaridades, em uma atividade hermenêutica balizada e limitada pelos direitos fundamentais.

Com isso não se quer legitimar subjetivismos, nem a ditadura dos juízes, pois, fosse assim, nada teríamos evoluído. O que se defende é uma produção normativa judicial motivada, legitimada e limitada pelos princípios, pelas diretrizes e pelos valores constitucionalmente consagrados. Essa, sim, é a revisão que necessita ser introduzida no sistema: a adequada justificação/fundamentação das decisões judiciais, como determina o artigo 93, inc.IX, da Constituição Federal.

Como salienta Streck, o modelo de decisão judicial continua o mesmo há mais de um século; a fundamentação restringe-se à citação da lei, da Súmula ou do verbete, problemática que se agrava com a Súmula vinculante.

Daí (correta em nosso entendimento) a exigência de Dworkin, de uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se um direito fundamental. O sentido da obrigação de fundamentar as decisões previsto no art.93, IX, da Constituição do Brasil implica,

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e Estado democrático de Direito: uma análise crítica*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado** - Unisinos. São Leopoldo: Ed.Unisinos, 1999. p. 107-8.

necessariamente, a justificação dessas decisões.²⁹²

Ainda, reforçando a noção de revisão do “modus” decisional, Streck refere o escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente das decisões judiciais, pela acentuada ausência da sua devida fundamentação/justificação e, também, o absurdo representado pelos embargos de prequestionamento a demonstrar a irracionalidade positivista do sistema jurídico.²⁹³

E, parece-nos perfeitamente viável a busca de uma hermenêutica constitucional, nos moldes preconizados por Rodolfo L. Vigo, segundo o qual:

[...] o esforço crítico da hermenêutica se orienta no sentido de pôr à descoberto a ‘ingenuidade e falsidade’ que supõe a ideologia da subsunção, que admite que a lei consagra uma solução que o Juiz se limita a aplicar a cada caso que se apresente. A hermenêutica se concebe na interpretação ou compreensão jurídica, como um processo de encontro, esclarecimento e desenvolvimento entre a norma (dever ser) e o caso real (ser).²⁹⁴

Infelizmente, a utilização da jurisprudência, em nosso país, é equivocada; muitas ementas jurisprudenciais são, inclusive, distintas e sem qualquer conexão com os fatos concretos em questão. Há quem sustente que a invocação da jurisprudência serve para substituir o esforço de justificar, evitar e não cumprir o dever de motivar. Mas, aí, entramos na seara da motivação/justificação das decisões, onde, inclusive os próprios Tribunais de Apelação, que deveriam verificar a legalidade das decisões, sob pena de se perpetrarem nulidades, também deixam a desejar quanto à exposição de motivos e à explicitação do seu raciocínio, conforme acima já salientamos.

Não importa que haja várias posições igualmente fundamentadas sobre o mesmo caso, contanto a argumentação forneça os critérios adotados para que se possa verificar a sua razoabilidade e, via de consequência, a sua legitimidade. Pugnamos pela devida justificação/motivação das decisões judiciais porquanto entendemos que esta se constitui uma

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 242

²⁹³ Ibid., p. 242.

²⁹⁴ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretacion constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 223.

exigência constitucional no Estado de Direito de sorte a impedir o arbítrio. Ela que torna controlável a atuação do Estado, seja ele Estado-juiz ou Estado-jurisdição.

É forçoso reconhecer, no entanto, que a motivação judicial de que falamos, não vem se apresentando de modo satisfatório, nem pelos juízes, nem pelos Tribunais, carecendo de maior explicitação o raciocínio desenvolvido. Resta saber se, no controle constitucional, o STF estará disposto a avançar mais, examinando a questão do raciocínio judicial no quadro do dever de motivar, quando, cada vez mais, incorpora nas decisões a incidência das Súmulas como forma de abreviar a motivação.

Está também correto e, comungamos do posicionamento de Ovídio Baptista, quando o autor analisa o dever de motivação e a ideologia que é intrínseca em qualquer tomada de posição. Conforme o processalista, é imprescindível que as premissas eleitas sejam racionalmente justificadas.

O dever de motivação tem certamente razões e vantagens que seriam impossíveis de obscurecer. Entretanto, é sempre bom ter em conta que, em períodos de rápidas e profundas mudanças sociais, como o nosso, em que o julgador não comungue das mesmas motivações que inspiram o legislador, a motivação poderá não passar de um simples subterfúgio, como disse Calamandrei, que apenas oculte as verdadeiras razões do julgamento; sem contar que um texto legal, especialmente aqueles que chegam às instâncias superiores - como os 'casos difíceis de Dworkin' - permitem ao Juiz a adoção de duas ou mais motivações diferentes e muitas vezes antagônicas, todas, no entanto, como diria Hans Kelsen, legitimamente tomadas dentre as várias possibilidades criadas pela moldura da norma legal. Nesses casos, que hoje constituem a imensa maioria, a motivação do ato jurisdicional, antes de evitar a inconformidade do litigante, conquistando-lhe a adesão, por ter-se-lhe mostrado a correção do julgamento, supostamente inquestionável - uma das razões políticas que justificaram, na idade do racionalismo, o dever de motivarem-se as sentenças - produz justamente o efeito contrário, dando azo a novas inconformidades e outros recursos.²⁹⁵

A exigência da devida motivação mais do que auxiliar na formação de um Judiciário mais coeso, evitando o desgaste interno e externo deste quadro de falta de autoridade judicial, acentuado pelo agir dos Tribunais de superposição que, diuturnamente, cassam as decisões dos Tribunais inferiores, é imperativa. A ausência ou insuficiência de fundamentação acarreta a nulidade da decisão. A devida fundamentação ampara, dá poder ao juiz para que suas

²⁹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano 4, n. 13, p. 496, jul./set. 1999.

decisões responsáveis sejam efetivamente cumpridas; trata-se, como afirma Cappelletti, de *ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – a concepção “oficial” dos que criam o Direito, governam, julgam e administram, mas, sobretudo, no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça.*²⁹⁶

Nessa linha de entendimento, parece-nos correto acompanhar o posicionamento de Ovídio Baptista e sustentar que, para podermos reafirmar a atuação da Jurisdição Constitucional como a alternativa mais adequada para a implementação de um Estado Democrático de Direito, em especial, numa Democracia emergente como a brasileira, os juízes (e o Judiciário como um todo), obrigatoriamente, deverão reformular o modelo sentencial praticado, *de modo que tanto o princípio constitucional que o manda respeitar, quanto os artigos 131 e 458 do CPC, princípio da persuasão racional, pilares de uma Jurisdição compatível com um Estado Democrático de Direito, passassem a ter vigência efetiva, impedindo o arbítrio de decisões jurisdicionais carentes de fundamentação.*²⁹⁷

Afirmar a Jurisdição Constitucional como a alternativa mais adequada para a implementação de um Estado Democrático de Direito gera várias conseqüências, dentre elas, a de admitir a sua própria legitimidade para a definição dos valores esculpidos na Constituição. Ronald Dworkin bem aborda a questão da legitimidade de decidir do Judiciário, ao questionar: “é democrático que juízes não eleitos tenham, por exemplo, o poder de decidir o que a cláusula *equal protection clause* significa, ou o que significa dar tratamento igualitário aos cidadãos? O próprio Dworkin afirma que a resposta dependerá da compreensão que se tiver sobre o que é Democracia.”²⁹⁸

Cabem, nesse diapasão, outros questionamentos, dentre os quais se pode, o Supremo, ser o superego da Sociedade, como insinua Ingeborg Maus, ao criticar a posição do Tribunal Constitucional Alemão e sua atuação na interpretação das normas constitucionais? Também, indaga-se, o Tribunal deve ser mais atuante ou se assim for, teremos que admitir um *Government by adjudication or judge’s as Popes* como preconiza Dworkin?

²⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 91.

²⁹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. **Estudo destinado a integrar o volume em homenagem ao Prof. Augusto Mario Morello**. p. 23. (No Prelo).

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Conferência proferida na Washington University in St. Louis em novembro de 2001.** Disponível em: <<http://www.wulaw.wustl.edu>>. Acesso em: 29 set. 2008.

Ingeborg Maus faz, a propósito, severa crítica à atuação do Tribunal Constitucional Alemão, dizendo que este age como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade. Nesse sentido afirma:

O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de Direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do Direito vigente”. [...] Assim, a competência do TFC – como de qualquer outro órgão de controle da constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de Direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer competência constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.²⁹⁹

Porém, retomando a questão da interpretação que o Supremo Tribunal Federal dá à Constituição, não podemos perder de vista que a nossa Lei Fundamental o autoriza a apreciar e a interpretar, em última instância, as questões que a envolvam. No entanto, isso não significa que ele seja detentor único da prerrogativa de dizer “o que é o Direito” ou de dizer o significado último de suas normas. Como critica e explica Streck:

A Constituição não é o que o Supremo Tribunal Federal diz que é, como acredita certa teoria jurídica. É verdade que o Supremo Tribunal diz a última palavra sobre o sentido da Constituição. Entretanto, o STF somente o faz em face de uma intersubjetividade lingüística que se instaura na sociedade. O Supremo Tribunal ao atribuir sentido a um texto, não o faz a partir da subjetividade de cada um dos julgadores, ou seja, a partir do cogito de cada um dos ministros. Há uma situação hermenêutica em que cada um está inserido. Cada um falará a partir de seu modo de ser no mundo, de sua faticidade, de sua historicidade. Há todo um conjunto de pré-juízos que conformam a pré-compreensão do intérprete. É do interior dessa tradição que o jurista falará, devendo suspender seus zelosos pré-juízos, para realizar uma fusão de horizontes. Por isso, a Constituição não é (e hermenêuticamente não pode ser) o que o Supremo Tribunal disser que ela é. A Constituição é um todo constituído pela tradição jurídica. Ocorre que, em sendo a tradição dominada por prejuízos inautênticos, o resultado que exurgirá certamente não será aquele que aponta para uma otimização do texto compromissário e dirigente da Constituição de 1988.³⁰⁰

²⁹⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Traduzido por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 191-2, nov. 2000.

³⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 832.

O texto é importante, pois é uma estrutura prévia, sobre a qual não se pode dizer qualquer coisa. Isso impede as arbitrariedades, pois não há liberdade para desconsiderar a autoridade da tradição, e quando inseridos em preconceitos inautênticos, a resposta dada estará por eles comprometida e apontará em um sentido hermeneuticamente inadequado.

Apoiamos-nos no entendimento de Dworkin ao afirmar que a devida interpretação constitucional exige que o magistrado considere o texto constitucional e a tradição, quando da tarefa adjudicativa.

Nesse sentido é o magistério do autor:

Proper constitutional interpretation takes both text and past practice as its object: lawyers and judges faced with a contemporary constitutional issue must try to construct a coherent, principled, and persuasive interpretation of the text of particular clauses, the structure of the Constitution as a whole, and our history under the Constitution – **an interpretation that both unifies these distinct sources, so far as this is possible, and directs future adjudication. They must seek, that is, constitutional integrity.**³⁰¹(grifo nosso)

Portanto, não pode, o juiz, pretender dizer qualquer coisa sobre a Constituição. Este tem vários instrumentos à disposição para a atuação efetiva da Jurisdição; o imaginário jurídico dominante é que deve ser alterado.

Acompanhamos, igualmente, o pensamento de Sagüés, quando o autor afirma que a Constituição tem que assumir que possui limites e pressupostos, assim como possibilidades: circunstâncias fáticas, econômicas, políticas, históricas, técnicas e sociais devem, necessariamente, ser levadas em conta para o seu êxito, a sua pretensão de vigência. Além disso, requer um outro elemento importante: a “vontade da Constituição”, isto é, a intenção na consciência geral e, concretamente, a consciência dos responsáveis pela vida constitucional,

³⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006. p. 118. A apropriada interpretação constitucional leva em consideração tanto o texto constitucional quanto as práticas interpretativas passadas como seu objeto: advogados e juizes ao serem confrontados com um conflito constitucional contemporâneo devem buscar construir uma interpretação coerente, principiológica e persuasiva do texto constitucional em questão, considerando o texto da Constituição como um todo e a história subjacente a Constituição – uma interpretação que deve unificar essas distintas fontes, de forma mais próxima possível e direcionar futuras decisões. Eles devem perseguir a integridade constitucional.

de cumprir com a Constituição e de fazê-la realizar-se, mesmo quando esse cumprimento possa resultar incômodo.³⁰²

A esse respeito, reafirmamos o já sustentado acerca da necessidade de uma integridade constitucional no conceito definido por Dworkin. Não se trata de exclusiva fidelidade ao texto. A interpretação constitucional não se exaure na fidelidade ao texto, mas, sim, no conjunto de fontes interpretativas numa construção interpretativa.³⁰³

Acreditamos que se impõe aos Tribunais superiores, simultaneamente à tarefa de vigiar a qualificação dos fatos, o dever de se preocupar com a correta e completa fundamentação das sentenças, demonstrando a legitimidade da decisão e a ausência de pura arbitrariedade, porque o arbítrio é tudo o que o Estado de Direito, em suas várias facetas, quer repelir.

À toda evidência, a tarefa de “atribuir sentido” não corresponde a uma tarefa discricionária ou subjetiva, como ocorre imperceptivelmente com o positivismo e com o decisionismo dele decorrente. Sustenta, Streck, ao criticar tal concepção:

O positivismo abre espaço para a discricionariedade judicial, que tanto pode dar-se na análise da lei como da Constituição. Desse modo, o que deve ser considerado como superado no positivismo – nas suas mais variadas formas – é a análise que deve ser feita não apenas sobre a vigência da lei, mas sobre a sua validade substancial. E isto faz a diferença, exatamente porque é na diferença – que é ontológica – entre texto e norma e entre vigência e validade, que se encontra o ponto de superação da lei plenipotenciária, “blindada” pelas posturas positivistas contra os valores substanciais da Constituição e da intervenção da Jurisdição Constitucional.³⁰⁴

Dworkin, à sua vez, preconiza que os juízes são os melhores intérpretes dos valores de uma sociedade e que, como tal, são os que melhor podem corresponder à idéia de uma

³⁰² SAGÜÉS, Nestor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. p. 19.

³⁰³ Dworkin fala em uma constructive interpretation. As I have said, any strategy of constitutional argument that aims at overall constitutional integrity must search for answers that mesh well enough with our practices and traditions- that find enough foothold in our continuing history as well as in the Constitution's text - so that those answers can plausibly be taken to describe our commitments as a nation. DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2006. p. 122.

³⁰⁴ ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. mestrado e doutorado, anuário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157-8.

sociedade democrática. Ele aborda o papel dos juizes na atualidade ao interpretar e implementar os princípios básicos de Justiça e Democracia, propondo três questões básicas:

Is there any way that judges playing that role can avoid relying on their own personal moral convictions, which may be different from those of most of their fellow citizens, and in any case will vary from judge to judge? If not, is this judicial role objectionable? Such authority is indeed thought unjustified by many critics and judges characteristically deny that that they rely on their own personal moral convictions in exercising it. Why, then, have so many democracies –emerging as well mature- adopted constitutions that inevitably give judges the power that the critics deplore and the judges strain to deny that they have?³⁰⁵

Posicionamos-nos no sentido de que, ao Supremo Tribunal Federal, cabe a tarefa de atribuir um sentido, mas um sentido que seja hermeneuticamente adequado, motivado e justificado, e não atribuir qualquer sentido, pelo simples fato de a Constituição ter lhe reservado a tarefa de resolver, em instância final, questões que diretamente a envolvam.

Como sustentado por Dworkin, a interpretação judicial não permite que seja dito pelo juiz o que ele bem entende. A *ratio decidendi* deve estar vinculada e limitada pelos direitos fundamentais, refutando decisionismos, pelo princípio da constitucionalidade, atendendo os princípios republicanos. Sua decisão precisa, então estar não apenas motivada,mas também racionalmente justificada. *Judges are supposed to do nothing that they cannot justify in principle, and to appeal only to principles that they thereby undertake to respect in other context as well.*³⁰⁶

I do not mean, of course, that judges are more rational or more skilled at analytic reasoning than theologians or parliamentarians. We have no guarantee that the political principles that our judges deploy will be the right or best ones, or that they will articulate those principles consistently or coherently, indeed, since our judges disagree among themselves, we know that they cannot all be right and that they will not always be consistent. But the code of their craft promises, at

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. The Judge's new role: should personal convictions count? **Journal of international Criminal Justice**, USA, p. 1, Apr., 2003. Existe de alguma forma a possibilidade de que os juizes ao cumprirem com o seu papel não se apoiarem em suas convicções morais, que poderão ser diferentes dos demais cidadãos, e que de qualquer forma pode variar de juiz para juiz? Se não existe essa possibilidade, o papel que os juizes desempenham ao interpretar é questionável? Tal autoridade é realmente considerada injustificável para alguns críticos, e os juizes normalmente negam que se apóiam em suas convicções morais ao interpretarem a Constituição – mas, porque, então, tantas Democracias – emergentes e as maduras – adotaram Constituições que inevitavelmente dão aos juizes o poder que tantos críticos deploram e que os juizes normalmente negam ter? (tradução nossa).

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 5. Os juizes não podem fazer nada que eles não possam justificar em princípios, e devem apelar aos princípios que eles estão submetidos e obrigados em outros contextos também. (tradução nossa).

least, that they will try.”³⁰⁷

Então, teremos um governo por adjudicação ou juízes como “Papás”, pergunta Dworkin. Em resposta a esse questionamento o autor preconiza que nem os padres, nem os políticos têm a obrigação e a responsabilidade de justificar seus atos de uma forma, ainda que em geral, certo ou errado, de decidir com base em princípios como os juízes. Mas, afirma que, essa responsabilidade de justificação é o ponto central da adjudicação.³⁰⁸

Portanto, se a Constituição for o que o Supremo diz que ela é, poder-se-á dizer que aquele Poder teria a possibilidade de modificar, via interpretação, a própria Constituição, do que temos tido exemplos concretos até com bastante frequência, como adverte Ingeborg Maus. Contudo, se sustentarmos a obrigatoriedade de uma motivação e justificação adequada podemos defender a atuação jurisdicional como um dos melhores instrumentos de concretização do Estado Democrático de Direito, associada ao importante papel da sociedade na busca pela concretização dos direitos sociais esculpido na Constituição; assim, a Jurisdição poderá ser propulsora de mudanças sociais e atuar na esfera das funções dos outros Poderes, quando estes se mostrarem ausentes, deficientes ou insuficientes no exercício de suas prerrogativas.

Mas como atender os preceitos constitucionais ou mesmo reformular o modelo sentencial, quando o próprio sistema cria mecanismos, como o da Súmula vinculante, que retira do juiz de primeiro grau a possibilidade de divergir do entendimento do Tribunal de superposição? Talvez uma possibilidade seja a de admitirmos o uso do *distinguishing*, típico dos países da *Common Law*.

Podemos admitir, como cogita Streck, certo valor de orientação aos juízes pelos posicionamentos dos Tribunais superiores com as Súmulas. Também perfilhamos esse

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. The Judge’s new role: should personal convictions count? **Journal of international Criminal Justice**, USA, p. 5, Apr., 2003. Eu não estou querendo dizer que os juízes são mais racionais ou mais preparados do que outros profissionais, teólogos ou parlamentares. Não temos garantia de que os princípios políticos que os nossos juízes utilizam serão os corretos ou os melhores, ou de que eles articularão esses princípios de forma consistente e coerente, na verdade, sabemos que nossos juízes discordam mesmo entre eles e que eles não poderão estar todos certos e que eles nem sempre serão consistentes. Mas o código de conduta de sua função nos promete, ao menos, de que eles tentarão. (tradução nossa)

³⁰⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald. The Judge’s new role: should personal convictions count? **Journal of international Criminal Justice**, USA, p. 5, Apr., 2003. p. 5-6.

entendimento, segundo o qual as Súmulas (as persuasivas) têm sua razão de existir e não são de todo nefastas ao sistema. O que é nefasto é o uso de Súmulas de forma indiscriminada e, muitas vezes, descontextualizada.³⁰⁹

Via de conseqüência, seguimos praticando a máxima da abstração jurídica, resultado da incutida ideologia de separar sujeito-objeto, ser do dever-ser, da ideologia de sempre se abstrair o real e o concreto da norma, resultado da equivocada prática discursiva ministrada nas faculdades de Direito, que não consegue superar os padronizados manuais, o excessivo apego a conceitos, o uso de uma “doutrina que não doutrina” e, a falta de senso crítico que se reflete, invariavelmente, na prática levada ao Judiciário.

Daí é possível afirmar, acompanhando a posição de Canon & Johnson, a significativa importância dos atores sociais, em especial, nesse caso, da *interpreting population*, na efetividade da Jurisdição e na superação dos mecanismos de desvio apontados que as Súmulas trazem.

The interpreting population exists because judicial decisions almost always generate further questions or problems about their meaning as they are applied to particular circumstances. Thus the actions of this population constitute the first link in the chain of events that develops the impact of judicial policies.³¹⁰

Com as decisões judiciais, que implicam um ato de poder, o Judiciário cumpre a sua função política. Não há como não reconhecer que, como partes do sistema do poder estatal, os juízes são um instrumento importante no processo de decisão política de um Estado e, como tal, é vital que tenham a consciência de seu papel político, até para que suas funções sejam cumpridas de forma adequada. O que deve ser evitado, entretanto, é a atividade político-partidária, da qual se distingue, clara e inequivocadamente, a consciência politizada, risco que as próprias Súmulas vinculantes carregam intrinsecamente, já que perpetuam a ideologia reinante do topo para a base.

³⁰⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 508.

³¹⁰ CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2. ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999. p. 56. A *Interpreting population* existe porque as decisões judiciais via de regra suscitam novas questões ou problemas quanto a sua aplicação (aqui já inserido o papel da interpretação, pois, para aplicar é necessário compreender) nos casos concretos. Portanto, as atitudes desta população constituem-se no primeiro passo na cadeia de eventos que vai desenvolver o impacto das decisões e políticas judiciais.

Portanto, acompanhando o pensamento de Ponty, um conceito de Estado está necessariamente atrelado ao entendimento de sua sociedade, qualquer que seja a posição filosófica ou mesmo teológica de alguém, uma sociedade não é o templo dos valores - ídolos que figuram na frente de seus monumentos ou em seus documentos constitucionais; o valor de uma sociedade é o valor que ela confere às relações humanas. Para compreender e julgar uma sociedade, é preciso penetrar em sua estrutura básica até o elo humano sobre o qual está construída; isso inegavelmente depende de relações legais, mas, também, de formas de trabalho, modos de amar, viver e morrer.³¹¹

É necessário destacar o valor fundante da própria Constituição; sua legitimidade última que radica na dignidade da pessoa humana. A epistemologia da Constituição já não está na Teoria do Estado, mas no valor da dignidade do homem. No centro da Constituição (do próprio Direito) está o homem, seu fundamento e finalidade. E o homem que está no centro da Constituição não é o homem abstrato imaginado na tradição liberal, mas o homem de carne e osso, situado no tempo, no espaço e na realidade.

Podemos, dessa forma, como conclusão parcial, seguindo a hipótese levantada por Rosenberg, afirmar que a interpretação das normas constitucionais pela *interpreting population*, associado ao “modus” decisional, com a instituição das súmulas, interferem na baixa constitucionalidade aqui praticada, confirmando a necessária superação desse fator para uma diversa atuação da jurisdição e sua compreensão desta como propulsora de mudanças sociais.

O fenômeno que vínhamos descrevendo nos leva ao ponto subsequente de exame que é o questionamento da teoria ou o “dogma” da Separação dos Poderes no sistema. Pela clássica teoria da tripartição dos Poderes do Estado, este tem as funções de legislar, de administrar e de julgar. É por meio, portanto, do Poder Legislativo que o Estado Democrático de Direito impõe aos cidadãos de uma comunidade uma ordem jurídica específica. Legislando, ele vincula os cidadãos à observância de suas normas. No caso da prática de atos lesivos ou em desobediência a essas normas, o Estado, mediante o Poder Jurisdicional, busca

³¹¹ MERLEAU-PONTY, Maurice. **Humanism and terror**. Traduzido por John O'Neill. Boston: Beacon Press, 1969. p. xiv; MERLEAU-PONTY, Maurice. “Fugitive Democracy”, em Benhabib. *Democracy and Difference*. In: DALLMAYR, Fred (Org.). SOUZA, Jessé. **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001. p. 38.

eliminar as tensões e os conflitos, assegurando a aplicação de suas normas e a preservação do Estado de Direito.

Entretanto, o positivismo jurídico, o dogma da separação dos poderes, a ideologia das codificações, a atitude em relação à possibilidade de interpretação das leis, a peculiar ênfase sobre a certeza jurídica, tudo associado aos mecanismos acima explicitados, tendem a diminuir o papel da Jurisdição.

Assim, demonstra-se a relevância do tema para a consolidação e o aprofundamento dos princípios e dos valores constitucionais, buscando derrubar o “discurso jurídico-dogmático, instrumentalizador do Direito, que é importante fato impeditivo/obstaculizante do Estado Democrático de Direito em nosso país, traduzindo-se em uma espécie de censura significativa.”³¹²

Desenvolveremos o próximo subcapítulo examinando o papel do “dogma” da doutrina da Separação dos Poderes³¹³ e as questões que envolvem a atuação do Judiciário que se vê, cada vez mais, premiada pelas relações de massa. Buscaremos verificar se a hipótese suscitada por Rosenberg, na *Constraint II*, quanto aos limites de independência do Judiciário pode ser localizada no nosso sistema e, em caso afirmativo, se pode ser identificada como um fator de desvio de efetividade da Jurisdição.

3.2 Os Limites da Independência Judicial - o Fator Institucional

O imaginário jurídico-político nacional da concepção da doutrina da Separação dos Poderes, consentâneo com um modelo de Estado Liberal, associado ao papel da Jurisdição frente às crises que o Estado contemporâneo enfrenta, necessita ser investigado para

³¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72.

³¹³ Destaca-se a diferenciação feita por Nuno -entre doutrina e princípio da separação de Poderes. Para o autor, enquanto doutrina, a separação dos poderes se dedica à análise e à prescrição dos equilíbrios e limitações entre os grupos sociais, assumindo-se também com uma teoria do pluralismo ou como uma teoria integral da separação de poderes; já enquanto princípio constitucional, a separação dos poderes apenas diz respeito à estrutura do poder político-estadual, sem a referir directa e imediatamente às potências sociais enquanto tais. É apenas uma separação normativa dos poderes. PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 231-232.

podermos afirmar que tal configura mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição, no nosso sistema, conforme preconiza a *constraint II* de Rosenberg

A crise de concepção formalista do Direito atinge de forma mais dramática a Jurisdição Constitucional que, pela relevância de suas decisões judiciais, muitas vezes oferece limites às decisões políticas, afetando os paradigmas que norteiam a Jurisdição, a concepção de Estado, o conceito de Constituição, de Separação dos Poderes etc.

Nesse diapasão, deve-se perquirir se a interpretação da doutrina da separação dos Poderes, que ainda faz parte da mentalidade política dominante, impede a compreensão de função de garantia que deve ser exercida hoje pelo Judiciário. Interpretação, é verdade, não muito diferenciada da cultura jurídico-política da sociedade americana, ainda que respeitando os limites da Separação dos Poderes, dá, em inúmeros exemplos, real sentido ao princípio da supremacia da Constituição, quando impõe aos demais Poderes a concretização de políticas públicas para a implementação de melhorias sociais.

Abordaremos a atuação, em alguns momentos pálida, de nossa Suprema Corte, o que indica não haver ela se posicionado, em algumas situações, como Corte Constitucional, muitas vezes ignorando a vontade da Constituição e o seu viés dirigente, e mesmo não assumindo o seu próprio papel de Poder do Estado, ao aceitar uma função secundária frente aos demais Poderes, em especial no controle concentrado e, no manejo de ações constitucionais. Não há como ignorar que a doutrina da Separação de Poderes deve acompanhar as modificações ocorridas pelo ente Estado e a ele ser contemporânea, de sorte a propiciar um outro papel para o Judiciário, compatível com o Estado Democrático de Direito que se quer ver concretizado.

Enfim, inúmeros entraves à Jurisdição e que resultam na impossibilidade de concretização do Estado Democrático de Direito que acreditamos influenciados pela predominância da doutrina da Separação dos Poderes útil ao modelo de Estado Liberal.

Buscaremos, portanto, examinar a questão sob o prisma da *Constraint II*, levantada por Rosenberg, em face do sistema americano, salientando que sua abordagem foi mais pragmática do que teórica. A hipótese de limites ou ausência da devida independência do Judiciário dos demais Poderes, bem como da ausência de instrumentos ágeis para a

consecução de medidas e de implementação de políticas públicas, considerou a doutrina da Separação dos Poderes, porém, como questão secundária, subjacente ao contexto da implementação das decisões, diversamente da forma como nós a examinaremos. O autor, ao desenvolver esta hipótese, salientou a influência que o Judiciário sofre dos demais Poderes, assim como das elites dominantes, e destacou as dificuldades de atuação do Judiciário sem a cooperação dos órgãos administrativos ligados ao Executivo e Legislativo.

Considerando essa abordagem, faremos a investigação dos limites de “independência” do Judiciário por um prisma um pouco distinto do enfoque de Rosenberg, sem, contudo, discordar do autor, no que se refere às questões práticas suscitadas que, aqui, também se apresentam em larga escala. Dessa forma, abordaremos a concepção do dogma da doutrina da Separação de Poderes e, segundo a jurisprudência colacionada, o dualismo da nossa Corte no que se relaciona com a efetivação dos direitos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, em momentos distintos da história brasileira, atuou de forma mais reservada, com autocontenção (*self restraint*), permitindo que a vontade política do Executivo ou do Legislativo imperasse, em clara deferência à doutrina da Separação de Poderes. Já em outros, atuou ativamente, em especial, com relação às matérias que envolvessem direitos fundamentais sociais.

Entendemos a identificação desse mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição importante na definição do papel do Judiciário como propulsor de mudanças sociais qualitativas à sociedade e na conclusão quanto à hipótese do fator institucional como limitador na independência do Judiciário ser também um mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional. A independência do Judiciário é consentânea do princípio da imparcialidade e densificadora do princípio do Estado de Direito.

3.2.1 Um “Re-Pensar” a Teoria da Separação dos Poderes

O paradigma liberal-individualista racionalista, presente no sistema, afeta e fragiliza a atuação da Jurisdição Constitucional e influencia negativamente no avanço mais rápido na aceitação de novas competências e diferenciada atuação, dentro de outros limites ao Poder Judiciário, impedindo em algumas situações a concretização de direitos ou, em outras,

provocando um “ativismo” judicial para garantir a implementação dos direitos fundamentais, designadamente, dos direitos sociais “*lato sensu*” (direitos econômicos, sociais e culturais).

O ativismo gera, à toda evidência, um tensionamento entre os Poderes do Estado e levanta questões críticas à essa atuação, tendo em vista o dogma da Separação dos Poderes, acirrando debates sobre a politização do Judiciário, a juridicização do político, a jurisprudencialização do Direito etc.

Rosenberg preferiu abordar a questão dos limites da independência do Judiciário de forma pragmática, sem perquirir diretamente sobre a influência da doutrina da Separação dos Poderes no imaginário jurídico dos juízes americanos. Optou em suscitar as dificuldades que a Jurisdição encontra na formulação de políticas públicas e mesmo na implementação das decisões judiciais, pela ausência de “*expertise*” quanto às reais medidas que necessitam ser tomadas para uma efetiva implementação, o que, na maioria das situações, ainda pode exigir a atuação de outros órgãos do governo devido *its lacking the power of “either the sword or the purse”*.³¹⁴

As Judge Frank M. Johnson has written that ‘judges are trained in the law. They are not penologist, psychiatrists, public administrators, or educators. [...] A judge is constrained by training, experience, and the office itself not to undertake responsibilities that belong to the legislature.’³¹⁵

Igualmente, sustentou que a ausência de maior independência vinha acentuada pelo próprio fator institucional e seu processo de nomeação de juízes, ou de eleição destes, o que afeta a sua independência dos demais Poderes; ainda, decisões do Judiciário podem ser derrubadas com posterior legislação editada pelo Congresso, em especial, quando houver forte pressão popular, o que provocaria a perda da força vinculante ao precedente, ante a nova legislação editada, mecanismo sobre o qual já discorreremos; por fim, que as Cortes tendem a dar grande deferência às posições do governo federal e seus órgãos, seguindo a visão da elite e do poder político no comando.

³¹⁴ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993. p. 75. “A falta de poder sobre a espada ou sobre o bolso”. (tradução nossa).

³¹⁵ *Ibid.*, p. 20. Conforme tem escrito a respeito o juiz Frank M. Johnson, os juízes são treinados no direito. Eles não são psiquiatras, administradores públicos ou educadores. Eles são restringidos pela prática, pela experiência e pelo próprio cargo para que não assumam responsabilidades que pertencem ao Legislativo. (tradução nossa).

Essa hipótese, no nosso contexto é, em parte, inaplicável, pelo menos no que se refere à eleição dos componentes do Poder Judiciário. Com exceção dos Ministros das Cortes Superiores e dos membros indicados pelo 5º. Constitucional, nosso sistema não prevê a eleição de juízes estaduais pela população, ou mesmo a nomeação de juízes federais por entidades representativas da sociedade e dos demais Poderes aos moldes do sistema americano.

É verdade, entretanto, confirmando a hipótese de Rosenberg, que a nomeação dos Ministros do Supremo é carregada de força política, desde a escolha do nome, passando pela sabatina do Senado, até a efetiva nomeação pelo Presidente da República. Essa sistemática, realmente, acaba por interferir em determinado grau na independência da Corte na posição em relação a determinadas matérias, em especial, as de maior interesse do Executivo, aí se verificando, em algumas situações, a utilização do “argumento” da Separação dos Poderes para a não-interferência do Judiciário, entendendo ser função precípua de um dos outros Poderes, como citam alguns julgados.

Por outro lado, gozam, os Ministros do STF, de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de salários, o que de certa forma lhes restaura um grau de independência. Mas, nos parece, que subjacente à questão da independência dos Ministros das Cortes, ou dos juízes de entrâncias inferiores, no nosso sistema, está a arraigada noção da doutrina da Separação de Poderes propugnada por Montesquieu³¹⁶, que acabou sendo praticada com a supremacia do Parlamento e do Poder Judiciário como um Poder “neutro” em relação aos demais Poderes, influência distinta do sistema americano.

Nesse contexto, importa perquirir até que ponto a interpretação adotada no pensamento jurídico-político dominante da doutrina da Separação dos Poderes interfere na possibilidade de uma Jurisdição Constitucional mais efetiva, ou, ainda, em que medida deve ser denunciado o “argumento” da Separação de Poderes, pelo Judiciário, para não atuar, no contexto de uma Democracia ainda emergente, de um Estado que não vivenciou o Estado do

³¹⁶ Novais afirma que Montesquieu não propunha uma rígida separação entre os três poderes como frequentemente a doutrina expõe, ao contrario, segundo este autor, ele propunha a colaboração, o equilíbrio e a interdependência, pois, afirmava Montesquieu, que num regime de concentração de poderes os abusos seriam inevitáveis e a possibilidade de resistir a esses abusos seria impossível. Diversamente, distribuindo as várias funções do Estado por diferentes titulares, cada um deles constituiria uma resistência natural contra os abusos dos titulares dos outros poderes e seria necessariamente encontrado um equilíbrio entre o Legislativo, o Executivo e o Judicial. Desse equilíbrio ou neutralização recíproca resultaria, em última análise, a proteção da liberdade individual. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 25.

Bem Estar Social, e que vive séria crise fiscal, onde, diariamente, sua população luta para ter seus direitos fundamentais concretizados.

A Jurisdição Constitucional preconizada no Estado Liberal foi sempre mais restritiva que a Jurisdição prevista para o Estado Democrático de Direito. A Jurisdição serve neste modelo, para a resolução dos conflitos individuais e atende a divisão de Estado e sociedade. Para a concepção do Estado Liberal, a rígida Separação dos Poderes se afigura adequada aos limites tradicionais de uma Constituição de viés clássico liberal. Assim, ao se afirmar uma nova concepção de valores da sociedade, e inseri-los na Constituição como princípios fundantes, a própria noção da doutrina da Separação dos Poderes obriga a uma reinterpretação.

Novais salienta que em termos práticos, o princípio da divisão de Poderes, na concepção liberal, não se refletiu num equilíbrio abstrato e neutro, e veio, sobretudo, resultar numa hegemonia do Poder Legislativo, entendido como poder supremo dentro do conjunto dos Poderes do Estado.³¹⁷

Esta é a concepção que entendemos mereça questionamento ante o status quo de crise dos Estados ou, ainda, de dificuldade de implementação de um Estado Democrático de Direito, onde o Legislativo cada vez menos legisla e o Executivo passa a ditar a pauta legislativa em franca substituição àquele Poder. Não se pretende desprezar o princípio da Separação dos Poderes e nem menosprezar a sua importância histórica, em especial, nos embates travados pela filosofia política no século XVIII, com sua vocação crítica e de antagonismos aos laços da autoridade e da tradição. Busca-se afirmar que a sua concepção rígida serviu, admiravelmente, bem ao programa da classe que iria governar politicamente a Europa do século XIX, a burguesia, fórmula que foi adotada pelo nosso sistema, que ainda insiste, muitas vezes, em preservá-la nos parâmetros primeiros.

No dizer de Bonavides, a Separação de Poderes deve ser entendida como arma de que se valeu a doutrina para combater sistemas tradicionais de opressão política. Mas nunca se deve perder de vista que o afamado princípio se gerou também da idéia peculiar ao

³¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 25

liberalismo de limitação máxima dos fins do Estado e que, destarte cresceram com o advento do moderno Estado Social. Ora, o princípio sistematizado por Montesquieu compadecia-se com a diminuição do Estado e não com o seu alargamento e de seus fins. Daí sustentar, Bonavides, o necessário recuo, senão o abandono na política de nossos dias, o mencionado princípio, notadamente, depois que as necessidades do mundo moderno impuseram ao poder estatal a ampliação de seus fins e o aumento contínuo da esfera de suas responsabilidades aos três Poderes, igualmente, em nosso entendimento, deve ser acompanhado pela modificação na cultura de formação do magistrado brasileiro.³¹⁸

Ao tratarmos da Separação dos Poderes e da história que cerca a evolução dessa doutrina, é fácil constatar a forte influência que ela exerce na limitação do poder político do Judiciário (ou de sua atuação) e a supremacia do Parlamento como garantia ao princípio Democrático.³¹⁹

Igualmente, é possível identificar a idéia seguinte à limitação do poder, ou seja, a idéia de equilíbrio verificada pela Teoria de Freios e Contrapesos acolhida pelo sistema americano que, a seu turno, adotou a supremacia da Constituição. Se, por um lado, é reforçado o papel do Parlamento, hoje “suplantado,” na prática, pelo Executivo no papel de efetivo legislador, por outro, é garantido ao Judiciário o controle constitucional dos atos dos demais Poderes com variados instrumentos.

A concepção da doutrina de Separação dos Poderes que remonta a Aristóteles é desenvolvida, fundamentalmente, por Montesquieu que inclui, expressamente, o poder de julgar entre os Poderes do Estado e uma proposição de separação orgânico-funcional.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de

³¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 2004. p. 72.

³¹⁹ A doutrina da separação de poderes remonta a antiguidade e seu sentido não era de limitação de poder, mas de compartilhamento das decisões políticas, com acesso de ricos e pobres, como equilíbrio a tais divisões, a exemplo da Constituição Mista aristotélica.

principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.³²⁰

Resulta, entretanto, que, apesar da inclusão do Poder Judiciário na famosa divisão de Poderes do Estado, a interpretação que foi adotada da visão de Montesquieu sobre o Poder Judiciário foi de um Poder absolutamente secundário aos demais, e com absoluta rigidez na separação, não a preconizada pelo autor de interdependência, como se pode inferir da passagem abaixo transcrita:

Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo Legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito.³²¹

Tratando do tema ressalta, Bonavides, que Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina da Separação dos Poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem.³²² Sim, pois, Locke já havia identificado as várias funções do Estado; apenas não reconheceu ou não promoveu uma separação orgânico-funcional, porque o Rei exercia várias delas ao mesmo tempo.

É necessário, entretanto, destacar que a doutrina da Separação dos Poderes surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra, no século XVII, como princípio jurídico, como pré-requisito da *rule of law*, como elemento essencial do Estado Constitucional ou de Direito, que a sua vez, incluiu como elemento essencial e estruturante o princípio da Separação de Poderes.³²³

³²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 4. ed. melhorada **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 165.

³²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. 1, p. 205. (Coleção Os Pensadores).

³²² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 49

³²³ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 44.

Outrossim, fundamental relembrar que, no sistema jurídico-político de então, a legislação era uma atividade excepcional de natureza muito específica: até a Idade Moderna a lei declarava-se, clarificava-se, mas não se fazia – a legislação pertencia ao processo judicial. O próprio Parlamento inglês formou-se a partir da Cúria Regis, órgão de natureza jurisdicional, e nunca veio a perder totalmente essa natureza. Do que então afirma Piçarra:

Se o termo legislativo assumiu logo um sentido no essencial moderno, o mesmo não aconteceu com o termo executivo, que até princípios do século XVIII foi majoritariamente empregue com um sentido diferente do que possui hoje, ou seja, para designar a função judicial. [...] a futura exigência de separação entre poder legislativo e poder executivo (hoje judicial), por um lado, e a separação entre poder executivo (nome por que, a partir de certa altura, passou a ser designado o poder governativo) e poder judicial, por outro lado, teve origens diferentes e, para certos autores, a sua integração na mesma doutrina só a partir de Montesquieu se tornou definitiva.³²⁴

A Doutrina da Separação dos Poderes³²⁵, igualmente, encontra respaldo na obra desenvolvida por Locke³²⁶, a quem muitos estudiosos tecem críticas; mas reconhecem, de um modo geral, a sua contribuição para o desenvolvimento do conceito de *rule of law*. Quando Locke enfrenta o tema da separação entre os Poderes Legislativo e Executivo, ele retoma o sentido da doutrina da Separação dos Poderes que a concebia como um requisito da *rule of law*: “para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, a aplicá-la.”³²⁷

Do exposto, é compreensível que a doutrina da Separação dos Poderes, na sua versão originária, esteja, intimamente, ligada à distinção Legislativo-Executivo e, por tal razão, a separação entre função legislativa e função executiva passou a ser considerada imperativa para a realização do *rule of law*.

³²⁴ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 50-51.

³²⁵ O princípio da separação de poderes, embora tenha sido posto em prática apenas no Estado moderno, tem suas origens na ideia de governo misto, no qual estavam representados os vários estamentos sociais, pois na sua versão originária ela tinha o sentido de compartilhar, de equilibrar as decisões políticas e como princípio ela assumiu um sentido de controle mútuo dos Poderes, que foi desenvolvida por autores clássicos. Nuno Piçarra faz aprofundado exame das raízes históricas da doutrina e do princípio da separação de poderes.

³²⁶ Locke expõe sua versão do contrato social no Segundo Tratado sobre o Governo em obra publicada em 1690, sendo esta considerada a mais importante de suas obras.

³²⁷ *Ibid.*, p. 71.

Com base nessa assertiva, Piçarra afirma que se explica por que alguns autores querem ver reduzido o próprio princípio da Separação dos Poderes:

[...] ou seja, a exigência de que a função legislativa, entendida como emanção de normas gerais e abstratas, constitua sempre um *præius* imprescindível ao desempenho, por órgãos diferentes do legislativo, da função executiva concebida como prática de actos relativos a situações individuais e concretas. [...] em conclusão: a doutrina da separação dos poderes entrou na história das Idéias e no Direito Constitucional com uma conotação estritamente jurídica sem, de todo, estar ligada ao tema político da constituição mista, sem curar, portanto, da titularidade da política dos respectivos poderes-funções. Estava apenas ligada a concepções jurídicas em desenvolvimento na Inglaterra de então, que visavam assegurar a proteção das esferas jurídicas individuais perante intervenções arbitrárias do Estado.³²⁸

A arbitrariedade, que era evitada se confirma pela concepção, acima já referida, que se as mesmas pessoas que fazem as leis também tiverem poder executivo de aplicá-las, ou seja, competência executiva(judicial) e legislativa, tornar-se-ão, inevitavelmente, arbitrários e tirânicos. Isso porque, segundo o jurista, todo aquele que detém o poder tende a dele abusar até onde encontre limites, é o que observou Montesquieu, frente ao cenário da Inglaterra do século XVII. É nisto que repousa a idéia de que o poder detém o poder.

Tanto esse temor estava presente que a supremacia do Parlamento (da qual foi ferrenho defensor Rosseau) foi rechaçada na então incipiente formação das colônias americanas, onde o princípio da Separação de Poderes, justamente em face desse receio, sofreu uma leitura diversa com primazia na Constituição e não na lei, acentuando-se a vertente do *checks and balances*, visando a dar um maior equilíbrio à relação entre os Poderes. Ora, se a primazia estava entregue à constituição, nada mais natural o papel de destaque do Judiciário, a quem cumpre a sua interpretação por excelência.

Daí se compreende a forte influência americana no desenvolvimento da teoria da Separação dos Poderes, admitindo um maior entrelaçamento das funções do Estado e, igualmente, criando, a partir da famosa decisão em *Marbury v. Madison*, a teoria da *judicial review* que acima tratamos.

³²⁸ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 53.

A enraizada concepção do Judiciário como um poder dependente dos demais, neutro ou mero administrador da justiça, por delegação do Rei, que se desenvolveu na Inglaterra, perde, assim, espaço para o desenvolvimento de uma teoria na América do Norte, em que o Judiciário passa a atuar em igualdade de condições aos demais poderes, onde o fiel da balança é, justamente, o Poder Judiciário, dotado de força, não só jurídica, mas, também, política e social.

Merryman, quando aborda o que considera as fundamentais diferenças entre os juízes, ou entre o Poder Judiciário dos Sistemas da *Common Law e da Civil Law*, ressalta a forte influência da Revolução Francesa sobre o Judiciário nos países pertencentes ao modelo continental europeu, onde esse Poder teve e tem uma atuação bem distinta daquela do Poder Judiciário americano.

The different kind of emphasis on certainty, and the presence or absence of inherent judicial discretion and the contempt power, thus exemplify the fundamental differences in the roles of the judiciary in the two legal traditions. They reveal the extent to which the 'Civil Law' judge is still limited by a variety of historical influences, most prominently by the image of the judicial process that emerged in the period of the French Revolution and by the refinement of that image that took place under the impact of legal science, [...].³²⁹

Essa influência no nosso sistema vem, ainda, reforçada pela própria evolução dessa teoria no meio jurídico. A Constituição do Império, de 1824, previa a divisão dos Poderes em quatro; os Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, este último conferido ao Imperador, ao qual também era confiada a chefia do Poder Executivo, com nítida superposição do Poder Executivo sobre os demais.

Ao adotarmos a primeira Constituição republicana, em 1891, tomada pela influência americana, é consagrado o princípio da Separação dos Poderes em três, com a adoção do Presidencialismo e o sistema federativo. A Constituição americana torna-se, assim, um marco

³²⁹ (MERRYMAN, John Henry. **The civil law Tradition**: an introduction to the legal system of Western Europe and Latin America. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press, 1984. p. 55). A diferença de ênfase quanto à certeza jurídica, e a presença ou ausência da inerente discricionariedade judicial e o poder da Corte de punir qualquer pessoa pela transgressão de uma ordem sua, exemplifica as fundamentais diferenças no papel do Judiciário nos dois Sistemas legais, que revela a dimensão do quanto o Juiz da tradição da 'Civil Law' é ainda limitado pela variedade de influências históricas, mais, acentuadamente, pela imagem do processo judicial que emergiu do período da Revolução Francesa e pelo refinamento desta imagem sob o impacto das ciências legais. (tradução nossa).

referencial na nossa história, pois nos lega os princípios estruturantes do Estado, a forma federal de organização e a repartição de competências.

Essa tradição foi alterada, entretanto, por ocasião da Carta Política de 1937, de forte pendore autoritário, outorgada por Vargas, que silenciou quanto ao princípio da separação dos poderes por razões óbvias. A Constituição de 1946 reconcilia-se com a Democracia e volta a adoção da separação tripartite de poderes, prevendo os Poderes independentes e harmônicos entre si. As Constituições do período autoritário permanecem com a divisão tripartite, ressalvando a idéia de vedação de delegação de atribuições e a vedação ao cidadão investido na função de um deles de exercer a atividade de outro.

Entretanto, as modificações constitucionais pelas quais o Brasil passou foram acompanhadas pelas modificações do ente Estado em termos globais. Este supera uma concepção meramente individualista, assumindo um viés de um Estado Social e Democrático de Direito. Já na transição do Estado Liberal para o Welfare State a estrutura do Estado teve que se voltar para a realização dos direitos sociais e uma nova interpretação aos direitos, liberdades e garantias voltadas à sociedade, e não somente ao indivíduo isoladamente. Novais afirma que dessa forma, buscando atingir a diferenciada concepção do Estado, a divisão de poderes perde seu caráter anterior de repartição mecanicista e estanque de funções – legislativa, executiva e judiciária – pelo Parlamento, Governo e Tribunais, e passa a ser entendida como um processo de distribuição e integração racionalizado das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder.³³⁰

Em primeiro lugar verifica-se uma progressiva diluição de fronteiras entre as áreas do Legislativo e do Executivo. Por um lado, há um aumento considerável da actividade legislativa dos Governos, o que se traduz, não só na sua crescente participação na iniciativa das leis que o Parlamento aprova, mas também na institucionalização de uma competência legislativa governamental própria ou delegada pelo Parlamento. [...] **Em segundo lugar e, porventura de importância decisiva para a compreensão da natureza do Estado Social e democrático de Direito, verifica-se o reforço da separação, independência e relevância do poder judicial no conjunto de poderes do Estado. Assiste-se a uma reavaliação das relações entre política e jurisdição com a conseqüente atribuição ao poder judicial do controlo da verificação da conformidade constitucional dos actos**

³³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 30-34.

legislativos e de alguns actos políticos.³³¹ (grifo nosso).

No Brasil, o diferencial trazido pela Constituição de 1988, na adoção do princípio da Separação dos Poderes, está na exclusão das vedações expressas de delegação existentes nas Constituições anteriores, quanto à acumulação de competências e funções em diferentes Poderes, o que já parece indicar uma mudança quanto à própria compreensão da Separação dos Poderes em nosso país, acompanhando as mudanças introduzidas pela própria concepção de Estado Democrático de Direito.

Como afirmado por Piçarra, o tratamento dogmático-constitucional da separação dos poderes faz-se a partir da análise de uma constituição concreta em vigor. *“O princípio constitucional da Separação dos Poderes não é prévio à Constituição, mas constrói-se a partir dela”*.³³²

Entretanto, apesar de o Judiciário ter restado fortalecido, na Constituição de 1988, apresenta-se, ainda, questão delicada ultrapassar a concepção rígida da doutrina da separação dos Poderes, herdada de uma cultura jurídica erigida à base da supremacia do Parlamento e numa visão de Estado Liberal. No Brasil, temos dificuldade em aceitar, ou mesmo conceber, que o Judiciário seja, também, “Estado” e “Poder” e que, como tal, incumbe-lhe, também, participar, de forma atuante, na via interpretativa, não na produção *prima facie*, na definição da política pública; fará assim, o preenchimento de sentido dos preceitos constitucionais, no que está vinculado como qualquer outro Poder à própria Constituição.

Nessa ambiência, importante compreender que o próprio termo “poder” passou a ser utilizado em inúmeras situações, no século XX, como sinônimo de “função”, a aludir às funções do Estado e não aos Poderes. Saldanha refere que a presença de poderes diferentes a partilhar o exercício de uma mesma função (como é o caso, inclusive, na vigente Constituição brasileira, do processo legislativo, que envolve a atuação do legislativo e do Executivo) nos

³³¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Editorial Coimbra, 2004. p. 34-35.

³³² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editorial Coimbra, 1989. p. 16.

adverte da falácia da idéia de separação, mas que a extensão correlata das duas idéias – poder e função – é mais ou menos a mesma.³³³

A noção de Separação de Poderes foi substituída pela de “função” (porque o Poder do Estado é uno) distribuída pelos vários órgãos que tendem a se especializar em uma dessas funções. Hoje, busca-se implantar a noção de compartilhamento/interdependência e especialização orgânico-funcional. Isso é, todos os poderes exercem todas as funções, mas a estruturação do exercício dessas tarefas do Estado foi distribuída, sendo que cada Poder ou órgão de soberania tem primazia ou reserva tendencial de uma função.

Esta concepção se coaduna com o papel previsto ao Poder Judiciário na Constituição de 1988. No dizer de Vianna, o aprofundamento do processo de transição para a Democracia, em particular, após a promulgação da atual Constituição, que redefiniu o papel republicano do Poder Judiciário³³⁴ – e, a progressiva identificação desse Poder como lugar de ampliação de direitos por parte de uma nova clientela até então distante dele, trouxeram esse “retardatário” para o primeiro plano da vida pública. [...] Resultando que o protagonismo do Judiciário é menos o resultado desejado por esse Poder, e mais um efeito inesperado da transição para a Democracia sob a circunstância geral.³³⁵

Esse mesmo autor ressalta que o novo papel do Poder Judiciário, quanto às demandas crescentes, resultantes dessa redemocratização e da constitucionalização dos direitos sociais, encontrou um Judiciário ainda preso ao princípio da Separação de Poderes e adepto a uma cultura de direito em forma de códigos.

As novas demandas, contudo, chegam a um Judiciário ainda sob forte influência do princípio da separação de poderes e de uma adesão ao direito sob a forma de códigos. [...] tem-se, então, uma contradição vivida no âmbito de um Poder que não

³³³ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 109.

³³⁴ Nesse sentido afirma Bolzan de Moraes que no contexto político jurídico contemporâneo a jurisdição constitucional aparece como alternativa a quem recorrer. Sobretudo por constituir-se a jurisdição em um ambiente contramajoritário, promovendo um balanceamento do poder, apresentando-se como um instrumento de accountability. MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a "realização" da ordem constitucional! E o povo.... In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS; Livraria do Advogado, n. 2, p. 98, 2005.

³³⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 12.

foi obrigado a reconstruir a sua identidade nos difíceis trâmites da transição e que, inesperadamente, se vê alçado à posição estratégica de árbitro efetivo entre os outros dois Poderes e responsável, em um certo sentido, pela inscrição na esfera pública dos novos atores sociais trazidos pelo processo de democratização.³³⁶(grifo nosso).

A observação de Vianna contribui de forma importante para a hipótese por nós ora considerada, quanto ao ainda presente dogma da Separação dos Poderes na cultura jurídica do nosso país, e contribui ainda mais ao afirmar que o estudo da magistratura desenvolvida por esse autor, no Brasil, apresenta de modo geral três a quatro padrões de formação do juiz.

Deste modo reconhece-se um sistema de orientação que tem na instituição do Poder Judiciário um ator coletivo que quer se envolver no processo de mudança social; um outro centrado no juiz como um agente solitário que aproxima o direito da justiça – onde, aliás, se encontra o *mainstream* da corporação; e um, ainda, distante desses, compreendendo aqueles juízes que se mantêm fiéis ao cânon da civil law – com ênfase no tema da certeza jurídica - e a presença embrionária e minoritária de uma corrente que acentua o uso alternativo do Direito e formas alternativas de composição de conflito.³³⁷

À propósito, Vilhena Vieira, também, ressalta o quanto o papel do Supremo Tribunal Federal foi aliado ao primeiro momento do Governo do então Presidente Fernando Collor de Mello. Naquele período, segundo o autor, o Supremo foi submetido a um grave teste de autoridade. Várias Medidas Provisórias foram submetidas ao exame de constitucionalidade perante a referida Corte e as decisões em muito desampararam os cidadãos, atendendo em maior medida os interesses do governo eleito, em nítidas decisões de *self-restraint* tendo em vista a separação de poderes.³³⁸

Pela defesa em prol de uma Jurisdição mais ativa, muitos afirmariam que se pretende um governo de juízes, por sinal, debate que também ocorre nos Estados Unidos da América. Não se trata, contudo, de uma proposição de um governo de juízes; muito pelo contrário, respeita-se as competências de cada um dos Poderes, mas, cuida-se, sim, de colocar em

³³⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 12-13.

³³⁷ *Ibid.*, p. 14.

³³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal, jurisprudência política**. 2.ed. São Paulo: Malheiro, 2002. p. 150-178. Tal se deu em especial nas decisões referentes ao bloqueio dos cruzados, do transporte especial para deficientes, das provas ilícitas, tendo o STF considerado nas razões de decidir o apoio as medidas dos órgãos governativos.

prática uma nova cultura jurídica, bem como o contrato social definido pelo Constituinte de 1988 e que, até agora, insistentemente, vem sendo ignorado pelo Executivo e pelo Legislativo, ainda que isto signifique um deslocamento de poder mais acentuado ao Judiciário, como mecanismo de correção e controle quando da inércia dos demais Poderes, numa releitura da doutrina da separação dos poderes e da Teoria dos *Checks and Balances*.

Acompanhamos a posição de Bolzan de Moraes, ao afirmar que, para ser possível a realização de valores éticos substanciais, constitucionalmente positivados e, intensamente, reclamados pela população, é necessário optar-se por uma outra classificação para as funções do Estado, segmentando-as entre *funções de governo*, que abarcaria as tradicionais funções executiva e legislativa, e *função de garantia*, vinculada à atividade jurisdicional, o que nos (re)conduz à discussão acerca do papel/conteúdo da Jurisdição no interior de um projeto democrático.³³⁹

Segue afirmando Bolzan, que impõe-se *rever a questão da tripartição clássica* a qual pode ser pensada como *dicotomia* marcada, de um lado, por *funções de governo*(executivo/legislativo) e *função de garantia*.³⁴⁰

Nessa proposta, fica evidenciado e reforçado o papel da Jurisdição Constitucional ao implicar uma reconsideração das relações entre o princípio Democrático e a função de garantia, bem como a ampliação de seu papel como guardião e realizadora da Constituição.

Este debate poderia ser refletido a partir da transmutação da jurisdição constitucional de uma *função de contralegislador* que promove a limpeza do ordenamento jurídico por intermédio de uma verificação vertical de compatibilidade das normas, o que não conflita desde logo com o princípio democrático, posto que não invadia o espaço legislativo, até mesmo porque os conteúdos legislados – direitos humanos de liberdade – não o exigiam imediatamente, para uma *função contramajoritária de garantia*. Nesta situação já não se está mais *diante de decisões de bloqueio* de práticas inconstitucionais, mas de *decisões de substituição/implementação de conteúdos* constitucionais, o que afeta o caráter do *estatuto da maioria* incorporado ao princípio democrático, tudo

³³⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a "realização" da ordem constitucional! E o povo... ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS; Livraria do Advogado, n. 2, p. 103, 2005.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 98.

inserido em um processo de *fragmentação do Estado como instância de poder*.³⁴¹

Como já salientado, a crescente importância do Poder Judiciário como efetivo Poder do Estado, alterando a concepção conservadora da doutrina da Separação dos Poderes, exigida pelo receio do arbítrio e da tirania de um dos Poderes sobre os demais e sobre o cidadão, para uma concepção mais flexibilizada e adequada aos tempos de globalização, salienta o papel desse Poder como imprescindível à realização de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, como bem presente no sistema americano, onde a supremacia da Constituição serve exatamente à defesa contra a tirania das majorias, estas representadas por fortes *lobbies* no Congresso, a Jurisdição Constitucional, quando declara a inconstitucionalidade de uma norma, não está afrontando o princípio democrático, mas sim, dando supremacia à soberania popular contida nas normas constitucionais, estas, sim, como expressão da soberania de um povo oriunda do Poder Constituinte. Não há qualquer contrassenso ao princípio Democrático; ao contrário, há o resguardo de suas prerrogativas.

Nesse cenário, não se pretende repudiar a doutrina da separação de poderes, ao revés, pretende-se propor a reflexão de o quão necessário se faz a mudança da forma de sua aplicação no conceito ligado ao liberalismo e/ou ao Estado Liberal. Formalmente, quase todas as Constituições do país, desde o Império à República, o consagraram nas bases de uma colaboração, que foi apenas de texto, meramente nominal, sempre desmentida, tanto pela monarquia (o intervencionismo do poder moderador), como pela República. Acompanhando a posição de Bonavides, *urge, pois, repudiá-lo como dogma, quando o presidencialismo, acobertado pela Constituição, dele se serve para cultivar de fato, a hipertrofia do Executivo*.³⁴²

Tudo isso evidencia que a ausência de maior independência do Poder Judiciário não é resultado da necessária atuação em conjunto dos três Poderes no desempenho de suas funções, mas, principalmente, da própria condução do Poder Judiciário na compreensão de seu papel como Poder da Nação e as limitações que escolhe se impor. A concepção de

³⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a "realização" da ordem constitucional! E o povo.... ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS; Livraria do Advogado, n. 2, p. 98-99, 2005.

³⁴² BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

dicotomia de função de governo e função de garantia se coaduna com a concepção de Estado Democrático de Direito e atende ao princípio Democrático insculpido em nossa Constituição.³⁴³

Tal nos permite parcialmente concluir que, seguindo a hipótese de Rosenberg, a limitação na independência do Judiciário em relação aos demais Poderes, ou seja, o fator institucional ligado ao dogma da Separação de Poderes, sem dúvida, pode fragilizar o papel do Judiciário na criação e na implementação de políticas públicas, mas, o que mais fragiliza esta atuação é a própria definição que o Judiciário dá ao seu poder, o que vem também se alterando nos últimos anos, conforme demonstraremos no próximo subcapítulo.

Assim, ao mesmo tempo em que o destaque do Judiciário relativo à sua atuação nos últimos anos provoca debate, surgem outros questionamentos, muito especialmente acerca da possibilidade de criação e de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, tema que se encontra intimamente interligado à possibilidade de sua atuação como função de garantia, diversa da função de governo dos demais Poderes, de uma atuação mais ativista, concepção que adotamos como o papel da Jurisdição Constitucional para o século XXI.

Buscando, ainda, confirmar a hipótese tratada da interferência do dogma da Separação de Poderes, fortemente presente no imaginário do Poder Judiciário, verificaremos à seguir, se é possível falar que há um deslocamento da atuação da Jurisdição, no sentido de substituir as decisões políticas pelo decisionismo judicial. Buscaremos, com base no que indica a jurisprudência das Cortes brasileiras, averiguar se estas atuam de forma que seu desempenho possa ser compreendido um ativismo judicial.

³⁴³ Acompanhamos a posição de Bolzan de Moraes, quando este sustenta que é necessário observar a jurisdição constitucional como um dos mecanismos e das instâncias da democracia, bem como pensar os seus procedimentos na perspectiva da incorporação desta no seu interior sem, contudo, que isto signifique apenas interrogar alguns aspectos que permitam uma democratização formal, tais como: ampliação da legitimidade ativa, abertura do acesso à jurisdição, rediscussão da composição das Cortes Constitucionais, revisão dos mecanismos de seleção dos seus membros, definição de mandato para os membros, etc. Em razão disso, a questão deve ser pensada desde um viés que considere uma democratização substancial desta instância de poder político, diante das características assumidas pelo constitucionalismo contemporâneo e do significado incorporado à tarefa de controle de constitucionalidade em razão mesmo desta mudança substantiva trazida pelo constitucionalismo do Estado Social, o que implica, também, as transformações havidas em razão de sua afetação atual. MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do estado, constituição e democracia política: a "realização" da ordem constitucional! e o povo.... In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS; Livraria do Advogado, n. 2, p. 95, 2005.

3.2.2 A Atuação do Judiciário Brasileiro - *Self Restraint* ou Ativismo?

É notável, nos dias atuais, a presença do Poder Judiciário, por meio das decisões das Cortes Constitucionais, na tomada de decisões sobre temas que dizem respeito a toda uma camada da sociedade, notadamente, na seara política e na garantia dos direitos fundamentais.

Diariamente, não somente a comunidade jurídica, mas, igualmente, o cidadão, o leigo, a dona de casa, o padeiro, o pedreiro, o bancário, enfim, a *consumer population*, seguindo a terminologia de Canon & Johnson, percebe e noticia a atividade desempenhada pelos Tribunais ou pelas Cortes Constitucionais, em nosso país, o Supremo Tribunal Federal.

Esse movimento, não só como expectador, mas, também, participativo do cidadão, é fortemente expresso na sociedade americana, que está habituada ao embate jurídico na busca pela igualdade social, pela não-discriminação racial, religiosa, sexual, etária etc.

No Brasil, a participação da sociedade na atividade judiciária, ou no resultado da atuação desta, se dá de forma restrita, individualizada na maioria das situações. É ainda pouco sentida na cultura da sociedade brasileira a mobilização de grupos na tutela dos direitos difusos ou coletivos, verificando-a, normalmente, pela atuação do Ministério Público e por intermédio de algumas instituições isoladas. Assim, a atuação do Judiciário acaba sendo mais percebida pela comunidade elitizada do país e, no demais, à margem do restante da sociedade.

Infelizmente, neste país, a sociedade está substancialmente marcada por desequilíbrios sócio-econômicos e por um elevado grau de iniquidade social, associada a um evidente componente autoritário e a uma história pontilhada por manifestações de sentimento anti-representativo.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em momentos distintos da história brasileira, atuou de forma mais reservada, também referida na doutrina como *self restraint*, permitindo que a vontade política do Executivo ou do Legislativo imperasse. Já em outras, vem atuando ativamente, em especial, em relação às matérias que envolvem direitos fundamentais sociais. Atualmente, suas decisões vêm causando as mais variadas opiniões, tanto favoráveis, quanto contrárias, gerando, não raro, perplexidades.

Conforme já destacamos, a Jurisdição Constitucional se viu ante a um novo paradigma constitucional, com a incorporação, pelos Estados, de Constituições dirigentes e compromissárias. Entretanto, a mudança de paradigma de um modelo liberal para um modelo dirigente, nem sempre se dá de forma imediata, podendo, em muitas situações, demorar que tal mudança seja incorporada pelo imaginário jurídico atuante, fenômeno esse percebido por vários doutrinadores no nosso sistema.

No dizer de Werneck Vianna, abordando as mudanças impostas pela Constituição de 1988, a magistratura brasileira estava ainda presa ao período autoritário, em sua função tradicional de arbitragem e resolução de conflitos individuais quando em transição à Democracia, associada à plena crise do *Welfare State*.

[...] envolvido o Judiciário em uma disputa entre diferentes setores da elite brasileira (mas não apenas entre eles) sobre o tipo de relação que deveria prevalecer entre as dimensões do público e do privado. **Tardio, como foi, o envolvimento desse Poder no processo da transição, seu desempenho esteve restrito, por muito tempo, ao cânon da separação entre os poderes – à margem, portanto, da conflituosidade entre o Executivo e o Legislativo - sendo, além disso, pouco mobilizado pelos setores sociais emergentes, com as demandas por seus direitos.** Estes dois fatos talvez expliquem a sua posição praticamente ausente da agenda pública nacional, nos primeiros anos do processo de transição à democracia.³⁴⁴ (grifo nosso).

Do período colonial aos dias atuais, o Supremo Tribunal Federal passou por várias limitações e diferentes contextos políticos e econômicos, resultado das próprias mudanças ocorridas na sociedade brasileira, que influenciaram sua formação, tanto quanto a sua atuação, ora nos moldes do *self restraint* ora de forma ativista.

A herança do Iluminismo e do modelo francês exerceram forte influência na estrutura do Supremo Tribunal; tanto é que a Constituição de 1824 não conferiu ao Judiciário a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos legislativos; tal poder estava vinculado ao Poder Legislativo.

³⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 11.

Somente na Constituição da República (1891) é que o Congresso, Poder Legislativo, passa o poder de garantia e de afirmação da República aos juízes, sendo esse o “caldo político-jurídico-institucional” que forjaria a Jurisdição Constitucional e o papel do Supremo Tribunal Federal no nosso país, influenciando a sua própria noção de Poder, conforme expõe Streck:

O processo de institucionalização do novo regime e o papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal podem ser vistos por vários ângulos. Nesse sentido, a tese de alteração do processo eleitoral como fator preponderante para a consecução dos objetivos dos republicanos e a visão prospectiva destes relativamente aos riscos que essa institucionalização correria na fase pós-constituente – a partir da necessidade de elaboração da legislação infraconstitucional – mostra-se adequada à compreensão do processo que envolveu a ruptura com o ancién regime. Do mesmo modo a tese da criação do Supremo Tribunal Federal com a função de ser o Tribunal da federação, garante da República e remédio contra maiorias parlamentares, encontra guarida nessa mesma linha de raciocínio.³⁴⁵

Várias são as críticas tecidas pelos doutrinadores à atuação do Supremo Tribunal Federal no decorrer da história político-jurídica, dividindo-se, os teóricos, a respeito, desde posições como a de João Mangabeira, para quem, “o STF foi o poder que mais falhou na República”, e a de João Honório Rodrigues, ao asseverar que, dentre os Poderes, no Brasil, o Executivo foi sempre mais progressista e mais receptivo às aspirações populares; o Congresso, o mais anti-reformista e o mais retardatário; e a Justiça esteve sempre a favor das forças dominantes”, com alguns momentos de atuação diferenciada na defesa das liberdades civis.³⁴⁶

O Supremo Tribunal Federal mostrou-se, em muitos momentos de sua história, um aliado do pensamento dominante, ou seja, do pensamento do governo, e nisso não difere da história em outros sistemas. A mais alta Corte do País tende a aliar-se ao pensamento ideológico do governante lá posto pelas elites ou pelo pensamento dominante das elites. Nisso não reside qualquer novidade como, inclusive, apontamos quando tratamos das várias Eras da Suprema Corte americana e a sua atuação aliada ao poder governante, conforme enfatizado por Rosenberg, na *Constraint II*.

³⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 421.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 430.

Basta verificar o que acontece hoje no Brasil com a instituição da Súmula vinculante como acima sustentamos, que, em nosso entendimento, vem no sentido de coibir a ação da Jurisdição Constitucional no controle difuso, vinculando os juízes de primeiro e segundo graus ao posicionamento da mais alta Corte do país, que só acompanhar a vontade do governo resultante, da própria indicação política de seus membros.

Esse mesmo caldo político conservador, que influenciou a atuação do STF, afeta a atuação das demais instâncias do Judiciário. Ditas instâncias que, na generalidade, atuavam num modelo de rigor formal e inibidos, os magistrados, de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, tornam-se hesitantes ao aplicar os novos conteúdos inseridos na Constituição, conforme o dizer de Faria:

O Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional.³⁴⁷

Daí, resulta o peso do fator “institucional” ressaltado por Rosenberg. Os juízes foram educados para seguir determinado padrão de decisão e de subsunção. A sua grande maioria, com exceções, é verdade, permaneceu seguindo o caminho da certeza e da segurança jurídica, bem como utilizando uma atitude de *self restraint*, abstendo-se de atuar no debate do novo modelo constitucional.³⁴⁸

Como acentuado por Werneck Vianna, quando trata da conflituosidade existente entre os que pretendem a implementação da Constituição de 1988, no que diz respeito aos direitos sociais nela insculpidos, e os que são guiados por um conteúdo de lógica de eficiência e de lógica econômica:

O novo ordenamento institucional definido pela Constituição de 1988 é exemplar da difícil composição política entre elites valorizadoras da dimensão pública e elites

³⁴⁷ FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. **Revista USP. Dossiê do Judiciário**, São Paulo, n. 21, p. 50, mar./maio, 1994.

³⁴⁸ Ainda que, paradoxalmente, alguns atuem discricionariamente sob o “manto” da subsunção.

orientadas pela dimensão do mercado – manifestava-se, naquela oportunidade, como ainda agora, sob o tema da ameaça à governabilidade, o dissenso entre os diversos ramos das elites, dificultando uma clara sinalização para um sistema de ordem. Como se sabe a linguagem das elites econômicas em torno da lógica da eficiência e da racionalização da vida social vem sendo contra-arrestada por discursos e práticas de outros setores das elites que, embora não sejam necessariamente indiferentes ao argumento econômico, acentuam valores que relativizam o viés instrumental contido ali, chamando a atenção para temas como direito justiça e nação.³⁴⁹

O que se verifica, entretanto, ao examinar a jurisprudência nacional, é um certo dualismo do Supremo Tribunal federal e das demais instâncias judiciárias. Exemplos desse dualismo e da atuação do STF são colacionadas por Vilhena Vieira, onde o autor afirma a ambigüidade da Corte em determinadas posições que assumiu desde a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que adota critérios distintos para a tomada de suas decisões, sendo o que se depreende da passagem abaixo transcrita:

Nesse aspecto o que se pode constatar pelas decisões analisadas é o fato de que em algumas circunstâncias Ministros do Supremo deram mais peso a critérios como eficiência, utilidade, conveniência, oportunidade, segurança ou governabilidade, do que a própria normatividade, agindo assim, de forma mais consequencialista do que principista. [...] Isso fica claro em decisões como a do bloqueio dos cruzados, do transporte especial para os deficientes, das provas ícitas etc. [...] Nestes casos temos considerações extraconstitucionais como, respectivamente, o desastre econômico iminente, o custo exagerado do transporte de deficientes, a explosão da criminalidade, ou a crise energética prevalecendo sobre direitos e princípios estabelecidos expressamente na Constituição. Da mesma forma, embora de maneira não expressa, a dificuldade do Supremo Tribunal Federal em dar plena eficácia a um instrumento de realização dos direitos sociais, como o mandado de injunção, bem como sua resistência em controlar os requisitos de relevância e urgência para a expedição de medidas provisórias, estão ligados a essa propensão de garantir a governabilidade em detrimento de assegurar direitos. O mesmo seja dito em relação a liberdade dada ao Governo Federal para manipular regras processuais voltadas a assegurar seus interesses em juízo.³⁵⁰

Mas, como Vilhena Vieira também ressalta, esse posicionamento não tem sido a regra, existindo exceções. Inúmeros exemplos mostram que as Cortes abandonaram o papel de coadjuvantes ou de submissão à vontade dos demais Poderes, e passaram a criar vários precedentes importantes relativos aos direitos sociais ou de prestações positivas do Estado, se manifestando abertamente sobre questões políticas e decidindo em relação a estas, quando provocadas.

³⁴⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 9.

³⁵⁰ VIEIRA. Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 231.

Os dados concretos indicam que as mais variadas demandas chegam ao Poder Judiciário e as decisões mostram-se conflitantes como vimos apontando. Por um lado, a jurisprudência aponta ainda muito presente uma atitude de *self-restraint* do Judiciário. Outros exemplos indicam a atuação das Cortes como reais garantidoras dos direitos consagrados na Constituição, ainda que estes estejam compreendidos dentro das chamadas “normas programáticas”.

Veja-se o exemplo de decisões que garantem o tratamento médico aos portadores da doença de Duchenne, questão que envolve o direito à saúde, considerado fundamental na nossa Constituição. Nossos Tribunais se dividem quanto à obrigatoriedade da prestação pelo Estado no atendimento a esses casos. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao julgar o agravo de instrumento n. 97.000511-3, em que foi Relator Desembargador. Sergio Paladino, entendeu o direito à saúde garantido na Constituição como suficiente para ordenar o Estado de Santa Catarina, liminarmente, e sem mesmo a sua oitiva, ao custeio de tratamento nos EUA. O STF, ao apreciar recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina, por decisão de seu Presidente, o Min. Celso de Mello, negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública solicitada pelo Estado de Santa Catarina.³⁵¹

Em sentido diametralmente oposto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso semelhante, envolvendo pedido para tratamento de indivíduo portador da mesma doença, posicionou-se contrariamente, usando o argumento da separação de poderes para justificar sua posição entendendo necessária a intermediação legislativa para que fosse possível a garantia do direito postulado, reafirmando o fator institucional dos limites impostos pela separação de poderes por Rosenberg suscitado:

Não há de se permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar o Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na Política de escolha de prioridades na área da saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes.[...].³⁵²

³⁵¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26.

³⁵² Ibid., p. 27-29. JSP 2ª.Câmara de Direito Público, Rel.Des.Alves Bevilacqua, Ag.Instr.n.42.530.5/4 j.11.11.1997. TJSP, 9ª.Câmara de Direito Público, Des.Rui Castaldi, Agr.Instr.48.608-5/4, julgado em 11.02.1998.

Por evidente, não há como desconsiderar o problema da prudente e responsável limitação funcional do Judiciário, aí querendo significar o *judicial self-restraint* que, por certo, deve estar em sintonia com a necessária legitimação para atuar de forma ativa ou pró-ativa no controle dos atos dos Poderes, no objetivo de melhor efetivar os direitos fundamentais. Mas, conforme já nos posicionamos anteriormente, a legitimação do Judiciário é constitucional, o que o autoriza atuar com a devida prudência na realização das normas nela fixadas, devendo, para casos como esse, se pautar pelo princípio da proporcionalidade. E, decisões como as acima referidas, incentivam os demais Poderes no não cumprimento da Constituição, o que se afigura um retrocesso na implementação dos direitos sociais.³⁵³

Outros exemplos ainda demonstram que o Supremo não tem dispensado atenção suficiente à questão do mínimo existencial.³⁵⁴ Como ressalta Torres, em termos de imunidade tributária, como proteção negativa aos direitos sociais, o STF tem se recusado a analisá-la a partir da ótica dos direitos humanos.

Ainda sensibilizado pela tese positivista de que imunidade tributária é qualquer não-incidência constitucionalmente qualificada, tem recusado que a proteção às entidades filantrópicas e às instituições de assistência (art.150, VI, c, CF) se restrinja àquelas que gratuitamente atendam à camada mais pobre da população. Levou anos para decidir que a imunidade não se aplica às instituições de previdência fechada, que sabidamente têm por objetivo garantir suplemento de aposentadoria a funcionário das empresas estatais e outras que não se preocupam com os pobres.³⁵⁵

³⁵³ Gustavo Amaral e Danielle Melo salientam que o TJ/MG em julgamento ao processo n.1.072.05.232550-4/001(1), Rel.Armando Freire, afirmou que “não se pode reconhecer, em sede de mandado de segurança, direito líquido e certo oponível contra o ente municipal, a fim de determiná-lo a custear, por prazo indeterminado, aplicações da vacina anti-tumoral denominada “Hybricell” de alto custo e ainda em fase experimental, que é supostamente destinada à estabilização nos casos de melanoma, mormente em se considerando as reais limitações orçamentárias municipais e a sistemática de atendimento aos cidadãos definida em programa nacional de saúde, estabelecido segundo possibilidades, prioridades e essencialidades em contexto comunitário.” Julgado em 26/09/2006, e, não se tratando esta decisão isolada. Afirmam os autores que em consulta ao site do TJMG é possível encontrar vários precedentes em sentidos similares, muito embora alguns tenham por fundamento aparente a separação de poderes, sob o argumento de que a competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes, processo n.1.0000.06.443869-0/000(1) 2º grupo de Câmaras Cíveis julgado em 02 de maio de 2007 por maioria. AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle, Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET. Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto alegre, editora Livraria do Advogado, 2008. p. 91.

³⁵⁴ “O mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.” SARLET. Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET. Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto alegre, editora Livraria do Advogado, 2008. p. 25.

³⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET. Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto alegre, editora Livraria do Advogado, 2008. p. 79.

Tal agir demonstra o quanto a Corte se abstém, em especial, quando envolvidos interesses fiscais da União, de uma posição mais consentânea com uma postura adequada à concretização do Estado Democrático de Direito. Postura essa como um imperativo de atuação em face do princípio da constitucionalidade.

Confirmando essa atuação de *self restraint* do Supremo em determinadas matérias, está a interpretação que este deu ao mandado de injunção e, também, a outros instrumentos, como a argüição de descumprimento de preceito fundamental, o que acabou por tornar os institutos ineficazes, com raras exceções, dentre as quais, merecem registro, a ADPF n.45, em que o Ministro Celso de Mello explicitou que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações.³⁵⁶

Por apropriado ao tema, trazemos à colação pesquisa realizada por Carlos Alberto Colombo, demonstrando que, no período compreendido entre 1988 e 2000, dos 627 pedidos de mandado de injunção junto ao STF, 66% foram indeferidos, 7% foram julgados prejudicados, 11% foram parcialmente deferidos, 13% aguardavam julgamento, e 3% estavam sem informação.³⁵⁷

A pesquisa em exame, se não comprova, pelo menos bem exemplifica, a posição do STF, quando se trata de atuar mais efetivamente no cenário jurídico-político do nosso país. Entretanto, como o exemplo da ADPF demonstra, não se pode negar que o STF, em muitos momentos, atua na concretização de direitos fundamentais; entretanto, esses exemplos não são

³⁵⁶ A ADPF n.45 assim está ementada: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da Reserva do Possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da Argüição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 156-157.

³⁵⁷ Cf. Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal: violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade Política. **Democracia & Mundo do Trabalho**, Porto Alegre, n. 3, dez. 2001. Camargo Coelho Maineri e Advogados Associados S/C, 2001 apud STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. nota de rodapé n. 23, p. 27. Segundo consta no site do STF, este declarou a mora do Poder Legislativo em dez (10) mandados de injunção e (02) duas ADI. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 02 out. 2008.

suficientes para se afirmar uma atuação ativista de nossas Cortes, ao contrário, parecem indicar a presença de um forte dualismo.

Scaff traz à baila importante decisão do STF, proferida na ADI n.2.925, com voto do Ministro Carlos Velloso, no controle da aplicação dos recursos com destinação vinculada à sua origem de arrecadação. Na referida ação, a discussão se dava em torno da vinculação dos recursos arrecadados pela União sob a rubrica da CIDE-Petróleo, cujo dispêndio deveria se dar para as finalidades específicas no próprio texto constitucional, art. 177, II da CF. Ou seja, obrigatória vinculação da destinação desta contribuição, não podendo ser desviada sob pena de ofensa ao artigo constitucional. [...] o que digo é que o Governo não pode gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal. Segundo Scaff, esse posicionamento é novo e deve ser saudado como um passo adiante no reconhecimento de limites à liberdade de conformação do legislador, com qual concordamos.³⁵⁸

Scaff refere, ainda, que posições anteriores do STF como na ADI 1640-7 cujo relator foi o Ministro Sydney Sanches, na qual se debatia a vinculação da CPMF aos gastos com a saúde, eram em sentido oposto àquela acima mencionada. Outrossim, ressalta o autor que situação semelhante à que foi citada sobre a CIDE, diz respeito à desvinculação de Receitas da União – DRU, que há vários anos vem afastando das vinculações constitucionais 20% de toda a arrecadação tributária brasileira. Absolutamente correto o autor ao sustentar que se trata de mais uma violação ao princípio da supremacia da Constituição, corolário necessário das limitações à liberdade de conformação do legislador, e do administrador público e que, até o presente momento, não recebeu a devida atenção ou impugnação do Judiciário.³⁵⁹

Os exemplos colacionados por Scaff retratam a posição do STF, mas não podemos deixar de referir que este mesmo dualismo se apresenta nas Cortes inferiores. Essa mesma atuação de abstenção de um controle maior dos atos do Legislativo se mostra idêntica quando

³⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury, Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: . COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 155-157.

³⁵⁹ SCAFF, Fernando Facury, Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: . COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 155-157.

do controle dos atos do administrador público. Ainda é bem marcada a postura das Cortes em evitar o exame de mérito do ato administrativo.³⁶⁰

Por outro lado, também nas instâncias inferiores, verifica-se inúmeros instrumentos sendo utilizados pelo Ministério Público para otimização dos direitos, dos quais são exemplos as ações civis públicas na busca de concretização de políticas públicas.³⁶¹ Dados empíricos demonstram que o Ministério Público, além das ações civis públicas, vem se valendo do instrumento denominado “termo de ajustamento de conduta” com órgãos públicos, no objetivo de, por meio de consenso, estimulá-los sem a necessidade de ingresso de medida judicial, implementar políticas públicas e manejar recursos públicos segundo as diretrizes fixadas no plano constitucional.³⁶²

Ainda, como destaca Werneck Vianna, com base em dados empíricos coletados, a utilização das ações populares, pelas pessoas legitimadas para tal, tem funcionado como via complementar ou alternativa ao canal de acesso ao sistema de proteção dos interesses coletivos e difusos.

As ações ambientalistas já trazem em si uma dimensão inovadora, admitindo o

³⁶⁰ Por exemplo, cuida o Judiciário de observar se o devido processo legal foi garantido no processo administrativo disciplinar, e se abstém de aferir o mérito do ato do administrador público, entendendo este fora dos limites de atuação da jurisdição e dentro da discricionariedade do administrador. Essa atuação é exemplo do resquício da influência do dogma da separação dos Poderes. Apelação cível Nº 70005598883, 3ª.Câmara Cível, TJ/RS, Des.Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 20/03/2003. Apelação Cível Nº 70004312559, 4ª.Câmara Cível, TJ/RS, Des. Wellington Pacheco Barros, julgado em 14/08/2002. Apelação cível Nº 70004253183, 4ª.Câmara Cível TJ/RS, Des. Vasco Della Giustina, julgado em 07/08/2002. Reconhece-se que o tema suscita grande controvérsia e as decisões também são conflitantes. O mérito administrativo vem sendo associado à oportunidade e conveniência, como um núcleo político da discricionariedade que, no que for parametrizada por critérios jurídicos será sempre justificável, porque o sentido e alcance dos princípios é típico da função jurisdicional.

³⁶¹ O Ministério Público com o uso das Ações Civis Públicas e com o apoio de grande parcela do Judiciário, em especial o de 1º.Grau vem realizando importante trabalho na busca da implementação das políticas públicas constantes na Constituição. Citamos como exemplo o deferimento de pedido de tutela antecipada formulado em ação civil pública ajuizada em Porto Alegre-RS pelo MP postulando a criação pelo Estado de vagas nas casas prisionais sob jurisdição da Vara de execuções Criminais da capital. A Juíza acolheu o pedido e determinou a implementação de 202 vagas em 180 dias; mais 177 em 270 dias; e outras 126 vagas em 360 dias. Determinou, ainda, que o Estado inclua na previsão orçamentária para 2009, verba para a construção das vagas do regime semi-aberto e aberto. Também deverão ser incluídos recursos para geração de 25% das vagas necessárias para o regime fechado. Ainda, fixou multa para cada descumprimento no valor de R\$ 3.000,00 que serão recolhidas ao Fundo Penitenciário do RS, vinculados expressamente à geração de vagas no sistema carcerário estadual, caso descumpridas as determinações. www.mp.rs.gov.br notícias 25/07/2008 – execuções criminais – mais vagas nas casas prisionais.

³⁶² A título de exemplo do acima referido, cita-se o inquérito civil instaurado pelo Ministério Público de Passo Fundo-RS para investigar os problemas de atendimento nos Hospitais da cidade, sendo as duas únicas instituições que atendem pelo SUS. Como a cidade é pólo regional de atendimento, acaba registrando uma superlotação nas emergências que prejudica o serviço de pronto-atendimento. Em decorrência desta situação houve o comprometimento com o Ministério Público de buscar a qualificação no atendimento. Uma das medidas acertadas é o aumento de duas para oito horas de atendimento de um médico clínico nas emergências entre outras. www.mp.rs.gov.br, 02/07/2008, Direitos humanos, melhorar a emergência dos hospitais. Notícias.

cidadão na condição de fiscal do Poder Público e, de algum modo, como partícipe na elaboração da agenda pública, na ação popular, que tem por objeto as políticas públicas, esse aspecto ganha contornos ainda mais definidos, uma vez que faculta o acesso direto do homem comum ao espaço público.³⁶³

Acrescenta, ainda, o autor, que o objeto de ação popular mais freqüente na área de políticas públicas, compreendendo 40% dos casos, diz respeito ao questionamento do processo de privatização de empresas estatais ou de terceirização dos serviços públicos. Trata-se, pois, de uma área sensível da política de reforma do Estado.³⁶⁴

Dado empírico ainda mais interessante, apontado por Werneck Vianna, é que, no conjunto global das ações populares, as questões que tratam das políticas públicas não passam de 3,6%, o que indica que o instrumento ainda não foi plenamente desenvolvido confirmando a omissão da sociedade na discussão de temas de interesse coletivo. Refere, o autor, que 26,6% do universo das ações cuida da qualidade dos serviços públicos, o que se constitui evidente pleito pela ampliação do acesso a direitos sociais. Mas, por ora, a pesquisa indica que pleitos dessa natureza têm encontrado melhor acolhida nas ações civis públicas ou mesmo no interior do próprio Ministério Público, onde, não raro, têm dado lugar a uma ampla negociação política.³⁶⁵

Do exposto, fica evidenciada a dualidade hermenêutica existente na posição das Cortes brasileiras e o uso em determinadas circunstâncias do “dogma” da Separação de Poderes, que acaba por servir de mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional.

Várias decisões que certamente são exemplos de garantia dos direitos estabelecidos em nossa Constituição, poderiam ser citadas neste trabalho, para além das mencionadas. Importa, entretanto, salientar que o direito garantido pelas decisões, e que permitiram a implementação de um direito fundamental, de caráter prestacional, deveria ter sido objeto de garantia pelos demais Poderes, incumbidos, constitucionalmente, de criar e de colocar em prática as normas constitucionais ou os direitos sociais nela previstos e que,

³⁶³ VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo horizonte: UFMG, 2003. p. 424.

³⁶⁴ Ibid., p. 426.

³⁶⁵ Ibid., p. 427.

pela inércia nas suas competências e atribuições, acabam deslocando o poder de decisão sobre o tema para o Judiciário levantando questionamentos sobre um ativismo judicial.

Entendemos que aos juízes de primeiro grau, é fundamental fornecer instrumentos de implementação das decisões e maior controle na execução destas pelos demais Poderes, a exemplo do que ocorre no sistema americano, como o *Master* que citamos no caso da reforma dos presídios; o *contempt of court*, o cumprimento de ordens sob pena de prisão previsto no artigo 14 parágrafo único do CPC, ou ainda, o *mandatory injunction*.³⁶⁶

Compartilhamos da visão de Cittadino, quando afirma que a Constituição instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é também responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa.

A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que sobre eles se fizer.³⁶⁷

Como destaca Cittadino, é necessário o desenvolvimento de uma mobilização e pressão maior sobre os órgãos jurisdicionais para que os instrumentos previstos na Constituição, como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação civil pública, as ações coletivas e, aí, novamente citamos o exemplo americano da “class action”, entre outros, sejam utilizados com vistas a implementação do Estado Democrático de Direito immobilizando ou ao menos neutralizando os mecanismos de desvio hoje existentes no sistema e que impedem uma maior efetividade da Jurisdição.

Isso nos permite extrair outra conclusão parcial, no sentido de que a *Constraint II*, suscitada por Rosenberg, envolvendo os limites na independência do Judiciário dos demais

³⁶⁶ Mandatory injunction. One which commands the defendant to do some positive act or particular thing; prohibits him from refusing (or persisting in a refusal) to do or permit some act to which the plaintiff has a legal right; or restrains the defendant from permitting his previous wrongful act to continue operative, thus virtually compelling him to undo it. BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6th ed. USA: West publishing, 1998. p. 540.

³⁶⁷ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**, v.1, n. 9, p. 110, jul./dez, 2001.

poderes ou o fator institucional a ela ligado, ainda é presente; entretanto, isso vem se alterado em nosso sistema, e poderá ser totalmente superado, se compreendida a atuação do Judiciário como *função de garantia*, sem que isto signifique ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, nem excessos de “politização” do Judiciário, reafirmando a visão da *Dynamic Court view*, de que, se os órgãos governamentais compreenderem que não se trata de invadir seara de outro Poder, mas, sim, de implementar o que determinado na Constituição, sempre conjugado com a devida proporcionalidade, é possível superar esse mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição.

Acreditamos ser possível uma leitura do princípio da Separação de Poderes mais consentânea com o Estado Democrático de Direito, onde uma reserva parcial da função legislativa e da função administrativa, por óbvio não pode ser suprimida dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, sob pena de violação deste mesmo princípio, mas há que se dar destaque a interdependência, no sentido de cada Poder ter a primazia no exercício de sua função, não obstante que o Poder Judiciário, na desmedida e desarrazoada inércia dos demais, interfira para assegurar direitos reconhecidos na ordem constitucional, já não como legislador negativo, mas num verdadeiro poder de substituição.

Ainda, somando-se aos mecanismos já abordados, como hipótese, também, suscitada por Rosenberg e Canon & Johnson, temos a dificuldade de implementação das decisões judiciais ante a indisponibilidade, muitas vezes imediata, pelo Poder Judiciário, dos recursos financeiros necessários para a concretização das mesmas. Assim, no último subcapítulo desta investigação, abordaremos o mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional que entendemos existir relacionado com a crise fiscal e política do Estado.

3.3 Crise Fiscal e Crise Política do Estado

No Brasil, nossos Poderes Legislativo e Executivo são, em inúmeros momentos, omissos em sua obrigação constitucionalmente definida, à qual se encontram vinculados. O Poder Executivo, por meio da Administração Pública, se utiliza, no mais das vezes, da Teoria da reserva do possível ou da ausência de previsão orçamentária que aloque as reservas fiscais necessárias para o não-cumprimento de determinada decisão.

Nesse sentido, buscaremos verificar se a hipótese suscitada por Rosenberg, quanto à indisponibilidade do Judiciário sobre os recursos fiscais do Estado como entrave para uma maior efetividade da decisão judicial e, também, a ausência de instrumentos ágeis à implementação das decisões ou das políticas públicas criadas, conforme reporta a *Constraint III*, podem ser transpostas ao nosso sistema.

Verificamos que, se por um lado, a situação se assemelha, por outro, encontramos contornos ainda distintos, não só pela indisponibilidade de recursos financeiros e de pessoal, pelo Judiciário, mas pela própria ausência de recursos pelo Estado, para o desenvolvimento de políticas públicas que implementem as diretrizes fixadas em nossa Constituição.

Por tal razão, impõe-se examinar a questão da reserva do possível e verificar a forma de garantir tais direitos; noutras palavras, combater a idéia segundo a qual “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.³⁶⁸ E, ainda, buscaremos averiguar o quanto a crise política do Estado, compreendida nas várias dificuldades enfrentadas pela Democracia representativa, associada à globalização, auxiliam na fragilização de tomada de decisões na concretização das diretrizes esculpidas na nossa Lei Fundamental.

3.3.1 A Crise Fiscal e a Reserva do Possível

Na introdução desta investigação, referimos o quanto as crises do Estado, em especial, a crise estrutural-fiscal, afeta a sociedade em geral e, nesta, designadamente, as condições mínimas de existência da população mais carente de recursos econômicos.

Essa situação de crise, em grande parte, decorre da necessidade crescente de aumento no financiamento para atender às demandas sociais a serem implementadas pelo Estado Social, para o atendimento da população, financiamento que, segundo a visão de economistas, produziu uma profunda defasagem entre a poupança pública constituída (para fazer frente a tais garantias sociais), e o endividamento do Estado.

³⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 481.

Nessa situação de crise estrutural-fiscal do Estado, com a crescente predominância do neoliberalismo econômico - que apóia a globalização e desconsidera, por completo, as questões sociais, posto que concebido dentro da lógica do mercado de não-intervenção estatal -, o social se torna secundário. Vale atingir as metas econômicas e os superávits que tornem o país confiável para os investimentos de capital. Infelizmente, o aspecto econômico se sobrepõe ao aspecto social.

Aliado ao próprio problema da poupança pública, vê-se, ainda, um baixo crescimento econômico, com aceleração inflacionária e variados desequilíbrios orçamentários que acirram os conflitos entre o atendimento às políticas públicas e a política econômica. Além disso, existe outro componente decisivo, nos países periféricos, que é o endividamento público e o pagamento dos juros desse endividamento que, no Brasil, assim compreendido, representa muitas vezes a escolha entre atender às condições mínimas de sua população ou o pagamento dos juros das dívidas contraídas.

Essa, sem dúvida, é a marcante desproporção que se apresenta no país hoje. Aqui, privilegiamos o controle inflacionário e o pagamento dos juros da dívida externa, em detrimento, muitas vezes, do investimento em programas de políticas públicas previstas na Constituição de 1988, que visam à tutela das demandas crescentes de nossa população.

Como se sabe, o déficit público é um dos elementos mais fortemente presentes num processo inflacionário, à medida que a emissão de moeda passa a ser utilizada como solução para o descompasso entre receitas e despesas públicas. Essa afirmação não se faz na defesa, ou não, do controle da inflação. O que se pode combater é a ênfase absoluta no controle inflacionário e no pagamento dos juros da dívida externa.

Esse descompasso faz com que os setores públicos responsáveis pela implementação das medidas judiciais que ordenam a concretização de determinados direitos sociais utilizem a “reserva do possível” como argumento para o seu não-cumprimento, fragilizando em demasia a Jurisdição, de sorte que, em nosso entendimento, isso caracteriza-se como verdadeiro mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional.

Segundo a doutrina da “reserva do possível”, o exercício dos direitos sociais prestacionais possuem um limite fático que é a disponibilidade material (não ter o recurso

financeiro) e o limite jurídico dos recursos financeiros disponíveis e necessários para o cumprimento da ordem judicial, já que todo o gasto público deve observar as regras constitucionais e legais para a sua realização.

A hipótese suscitada por Rosenberg não examinou, em concreto, a existência de uma tal teoria no sistema americano; entretanto, considerou como fator importante na dificuldade de implementação de políticas públicas pelo Judiciário a disponibilidade dos recursos financeiros, por estar adstrita aos outros Poderes, e a impossibilidade de um controle de implementação das decisões sobre os administradores e sua agenda política, porquanto a estes incumbe (Legislativo e Executivo) eleger e aplicar, respectivamente, os recursos fiscais do Estado.

Nossa perspectiva, ainda que sob um exame teórico, nos conduz à conclusão semelhante a de Rosenberg, no sentido de que a hipótese de indisponibilidade de recursos, não só pelo Judiciário, mas pelo próprio Estado, pode ser definida como um mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição em nosso sistema. É nesse sentido que a maioria dos doutrinadores brasileiros se inclinam, como a seguir indicaremos.

De acordo com esse raciocínio, a “reserva do possível” vem sendo aplicada diuturnamente, notadamente, pelo Poder Executivo, incumbido de desenvolver e de realizar as políticas públicas (e aqui estamos a considerar as diretrizes fixadas em nossa Constituição), e o direito do cidadão somente pode ser concretizado, na medida da disponibilidade de recursos para tal, respeitando um critério de razoabilidade e de proporcionalidade, segundo os ditames legais estabelecidos de acordo com a escolha do legislador.

Entretanto, a resposta sobre o exercício de um Direito Constitucional de natureza prestacional está intimamente ligada à realização do Estado Democrático de Direito, ainda deficientemente implementado em nosso país. Necessário, ainda, estabelecer o modelo de Estado que visa à justiça social, com a implementação de prestações positivas e igualitárias, deixando o Estado de ser mero “polícia” das liberdades individuais e da propriedade, de acordo com um modelo liberal que prega o Estado mínimo.

Em que pese nosso posicionamento seja de maior intervenção judicial, há de se reconhecer, por óbvio, que a crise estrutural do Estado contemporâneo, sobremodo, naqueles

de modernidade tardia, como o brasileiro, fragiliza, sobremaneira, as possibilidades de concretização, principalmente, dos direitos sociais, econômicos e culturais. No entanto, a pretexto da “reserva do possível”, vem se implementando uma verdadeira “ditadura dos cofres vazios”, na terminologia de Canotilho.³⁶⁹

É inegável que a crise estrutural do Estado limita em muito as possibilidades de realização dos direitos sociais, o que implicou, ao longo do tempo, o agravamento das desigualdades sociais, como reconhece e diagnostica Jorge Miranda:

A efectivação dos direitos sociais, preservando as liberdades, viria a produzir, pois, um efeito pacificador e integrador nas sociedades ocidentais (bem como um efeito potenciador) do crescimento económico. No entanto, nas últimas décadas, o Estado social (também chamado de bem-estar, com certas acentuações, o Estado providência ou, no limite extremo, Estado assistencial) tem entrado em crise, por causa de excessivos custos financeiros e burocráticos, de egoísmos corporativos e de quebra de competitividade em face de países com menor protecção social. E, sofrendo o impacto de correntes neoliberais monetaristas, não tem conseguido impedir fenómenos de exclusão, nem o agravamento de contrastes entre o Norte e o Sul do planeta, geradores de migrações de consequências imprevisíveis.³⁷⁰

Ocorre que a importância dada à questão da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) - que pode ser lida como sinónimo de limitação orçamentária -, tornou-se de tal forma significativa que passou a ser o argumento sempre presente dos entes públicos para negar a eficácia imediata às normas que consagram os direitos fundamentais sociais, o que é objeto de crítica por parte de Canotilho:

A evolução dos Direitos fundamentais sociais no sentido da formalização e constitucionalização como etapa positiva de positivação – evolução dos Direitos humanos para Direitos fundamentais – surge hoje neutralizada pelas obsessivas críticas à crise do Estado Social. Quase se poderia dizer que, no plano interno, os Direitos económicos, sociais e culturais regressam ao leito universalístico, mas transpositivo dos Direitos humanos, abandonando o acolhimento jurídico-positivo dos Direitos fundamentais.³⁷¹

³⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 481.

³⁷⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4, p. 31-2.

³⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 104.

Conforme sustenta o autor lusitano, a reserva do possível logrou uma centralidade dogmática que obscureceu “quaisquer renovamentos no capítulo dos Direitos sociais”.³⁷² A questão acerca da definição do que vem a ser a denominada reserva do possível foi assim respondida até o momento, segundo Canotilho:

1) Reserva do possível significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos Direitos sociais constitucionalmente consagrados; 2) Reserva do Possível significa a tendência para zero da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de Direitos sociais; 3) Reserva do Possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos Direitos sociais, tendo, sobretudo, em conta os limites financeiros; 4) Reserva do possível significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de Direitos sociais.³⁷³

Canotilho afirma que a reserva do possível não pode ser vista como um dogma contra os direitos sociais e ela não implica o “grau zero de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores dos direitos fundamentais sociais”.³⁷⁴

Examinando a questão da gradualidade, segundo a qual a realização dos direitos sociais deveria ocorrer em conformidade com o equilíbrio financeiro do Estado (“ditadura dos cofres vazios”), esta não pode implicar total “discricionariedade do legislador orçamental quanto à actuação socialmente densificadora do Estado”.³⁷⁵ Ou seja, conforme critica o autor, “um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.³⁷⁶

Essa discricionariedade legislativa mostra-se especialmente frágil, quando se examina a questão sob o prisma da dignidade da pessoa humana, porquanto há o dever

³⁷² Canotilho faz referência a P. Häberle, ao referir a formulação da idéia da reserva das caixas financeiras para exprimir a noção de que os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob reserva das capacidades financeiras do Estado. Ainda, cita W. Martens, que afirmava que os direitos subjetivos públicos susceptíveis de realização só podem ser garantidos no âmbito do possível e adequado, e já por este motivo eles são desprovidos de estatão jurídico-constitucional. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 107.

³⁷³ Ibid., p. 107-108.

³⁷⁴ Ibid., p. 109.

³⁷⁵ Ibid., p. 110.

³⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 481.

constitucional de assegurar, pelo menos, o mínimo necessário à existência humana, motivo pelo qual Vieira de Andrade assevera:

E se o legislador tem o dever geral de assegurar um certo grau de realização dos Direitos sociais, esse dever assume uma importância acrescida em determinadas situações, quando a Constituição estabelece Direitos especiais à proteção estadual, como acontece, por exemplo, nos Direitos em que se visa assegurar a dignidade das famílias e de categorias específicas de pessoas (trabalhadores, consumidores, crianças, jovens, idosos, deficientes, etc...).³⁷⁷

Assevera, Canotilho, que, tal como os direitos, liberdades e garantias, também a realização dos direitos económicos, sociais e culturais assenta na existência de *esquemas organizativos e procedimentais funcionalmente adequados*. [...] *Embora a formatação estatal destes serviços seja criticada, porque ela se insere já no âmbito das políticas públicas, reconhece-se que o acesso aos bens sociais é indissociável da preexistência de instituições, esquemas organizativos e procedimentos que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais.*³⁷⁸

Essa dependência de *esquemas organizativos e procedimentais funcionalmente adequados* de que fala Canotilho se torna mais dramática, na medida em que, muitas vezes, prestada pelo administrador público num grau mínimo ou quase ausente à população necessitada, colocando o Judiciário, quando instado, a prover a garantia mínima de acesso aos bens sociais, na posição de legislador positivo.

Piovesan e Vieira seguem em linhas similares ao afirmar a supremacia da Constituição quando da elaboração do orçamento público para efetivação dos direitos fundamentais (sejam eles individuais ou sociais). Afirmam estes autores que é o orçamento, ou as receitas, que a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da

³⁷⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 406.

³⁷⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 482-483

demanda financeira do Estado.³⁷⁹ Posição que compartilhamos integralmente com os autores citados.

Scaff, a seu turno, quando aborda a teoria da reserva do possível, traz a questão das políticas públicas e afirma que cabe ao Legislativo a definição das mesmas, pois, estando a teoria da reserva do possível condicionada pelas disponibilidades orçamentárias e fáticas, os legisladores não possuem ampla liberdade de conformação, porquanto, estão vinculados ao princípio da supremacia da Constituição, devendo implementar os objetivos estabelecidos no artigo 3º da Lei Fundamental, entre outras normas, e, portanto, tal teoria somente pode ser suscitada, se provado, pelo Poder Público, que os recursos estão sendo utilizados adequadamente na realização desses direitos.

Esta teoria somente pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto (Robert Alexy), ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades (Amartya Sen).³⁸⁰

Associada à crítica da elaboração de políticas públicas pelo Judiciário, Barcellos argumenta que nem o juiz, ou o jurista, dispõe de elementos ou condições de avaliar, sobretudo, em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Afirma a autora que o juiz preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça – fatalmente, ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro –justiça. Argumento também utilizado pela doutrina americana ao combater a criação de políticas públicas pelo Judiciário.

Ou seja, ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas, globalmente

³⁷⁹ PIOVESAN; Flávia, VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, año 8, n. 15, p. 11, primeiro semestre, 2006. Disponível em: < <http://us.es/araucaria>>. Acesso em: 10 set. 2008.

³⁸⁰ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. São Paulo: Renovar, 2006. p. 161-162.

considerado. [...] com efeito o juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear. Ele não tem o tempo necessário para fazer uma investigação completa sobre o assunto, nem os meios para tanto. Nem lhe cabe afinal levar a cabo um planejamento global da atuação dos poderes públicos.³⁸¹

A doutrina brasileira se inclina, acentuadamente, no sentido de que não cabe ao Judiciário a criação de políticas públicas, mas, sim, o controle do cumprimento destas pelos órgãos responsáveis no atendimento às diretrizes constitucionais, na linha sustentada por Piovesan.³⁸² No sistema americano este debate também ocorre, onde a doutrina se divide quanto à possibilidade do Judiciário criar e implementar políticas públicas, em especial, direitos sociais e econômicos que exijam definição de parâmetros para sua realização e alocação de recursos públicos; ademais, nos Estados Unidos, como já tivemos oportunidade de afirmar, é presente o combate às medidas do judiciário que dependam de outros atores políticos para a implementação.

Neier defende que os direitos sociais constantes nas Constituições como direitos gerais à moradia, emprego etc, exigem intermediação do processo legislativo, e que, igualmente, deverá definir a distribuição dos recursos econômicos da sociedade como um todo, posto que esta é uma das questões da própria existência do processo democrático.

The concern that I have with economic and social rights is when there are broad assertions of the sort that appear in the Universal Declaration of Human Rights or that appear in the South African Constitution, which speak broadly of a right to shelter or housing, a right to education, a right to social security, a right to a job, and a right to health care. There, I think we get into territory that is unmanageable through the judicial process and that intrudes fundamentally into an area where the democratic process ought to prevail. In my view, the purpose of the democratic process is essentially to deal with two questions: public safety

³⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 127. A crítica acima feita por Barcellos vai ao encontro da afirmação da *Constraint III* de Rosenberg, quando este afirma que o Judiciário sofre as limitações instrumentais ágeis e efetivas para a concretização da política pública criada, dependendo dos demais Poderes para a efetivação da decisão.

³⁸² Em que pese o tema merecer maior e aprofundado desenvolvimento, considerando sua amplitude, pretendemos, neste momento, somente trazer ao leitor que a divergência e o debate sobre a criação de políticas públicas pelo Judiciário existe tanto no sistema americano quanto no sistema brasileiro, ainda que, no sistema americano, tal criação pelas Cortes ocorra com maior frequência, por uma razão muito simples: é o Judiciário que faz a interpretação do sentido da Constituição, e isso está no senso comum e na idéia de Direito da Nação, pela própria noção do juiz como criador do Direito, como retratamos ao abordar a temática da Constituição estrutural e a interpretação desta pelas Cortes Estaduais.

and the development and allocation of a society's resources.³⁸³

Mas, o processo democrático que garanta tais direitos nem sempre acontece. A posição de Neier acompanha a postura majoritária da Suprema Corte sobre a garantia à saúde como direito que demanda legislação específica e, portanto, não possível de ser compreendida como direito constitucionalmente já presente naquele sistema. Tais definições devem ser amparadas pelo adequado processo democrático.³⁸⁴

Como a citação acima deixa claro, o autor não concorda com a intervenção do Judiciário na criação e no desenvolvimento de políticas públicas. Acredita, outrossim, que essas escolhas devem ser resultado da intermediação legislativa, de forma que a sociedade participe ativamente nas escolhas de como distribuir os recursos públicos, para que a Corte não tenha que decidir e ter que fazer escolhas entre o atendimento gratuito daquele que necessita de um transplante, e que corre risco de vida, ou o atendimento básico de saúde para mil crianças.

Dworkin, em sua obra *Virtude Soberana*, retrata a problemática que envolve a definição de “qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?” O autor afirma que o princípio do resgate insiste que a sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver possibilidade, por mais remota, de salvar uma vida. Já o princípio que o autor escolhe como adequado é o princípio do seguro prudente que, segundo Dworkin, equilibra o valor estimado do tratamento médico com outros bens e riscos: presume que as pessoas talvez pensem que levam uma vida melhor, quando investem menos

³⁸³ NEIER, Aryeh. Social and economic rights: a critique. **The Human Rights Brief**, Washington, D.C., v. 13, n. 2, p. 2, Winter 2006. As preocupações que tenho em relação aos direitos econômicos e sociais é quando há a inclusão destes de forma tão ampla quanto as existentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem ou na Constituição da África do Sul, que falam genericamente de um direito à moradia, direito à educação, direito à seguridade social, ao emprego, à saúde. Aí, acredito que entramos num território que é ingerenciável através do processo judicial e que invade, fundamentalmente, numa área em que o processo democrático deve prevalecer. Ao meu ver, o propósito do processo democrático é essencialmente lidar com duas questões: a segurança pública e o desenvolvimento e alocação dos recursos da sociedade. (tradução nossa).

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 2. Consider the question of health care. One person needs a kidney transplant to save her life, another needs a heart-bypass operation, and still another needs life-long anti-retroviral therapy. All of these are life-saving measures, but they are expensive. Then there is the concern about primary health care for everyone. If you are allocating the resources of a society, how do you deal with the person who says they need that kidney transplant or that bypass or those anti-retroviral drugs to save their life when the cost of these procedures may be equivalent to providing primary health care for a thousand children? **Do you say the greater good for the greater number, a utilitarian principle, and exclude the person whose life is at stake if they do not get the health care they require? I do not believe that is the kind of thing a court should do.** Rather, I think that many different considerations need to be taken into account, and that only through a process of negotiation can an outcome be reached that, although it might not satisfy everybody, allows society to grapple with questions that affect a whole community of people.” (grifo nosso).

em medicina duvidosa e mais para tornar a vida bem sucedida ou agradável, ou para proteger-se contra outros riscos, inclusive econômicos, que também possam arruinar sua vida.³⁸⁵

Infere-se dessa posição de Dworkin que ele acredita que a escolha sobre os recursos, e em que medida estes devem ser aplicados, para o atendimento dos direitos sociais da população, deve partir de órgãos públicos encarregados pela supervisão da distribuição dessa assistência, de sorte que se aplique não o princípio do resgate, mas, sim, o princípio do seguro prudente, que aceita certos limites na cobertura universal, não como transigências da Justiça, mas como por ela exigidos, o que retira a decisão sobre quais políticas públicas e em que medida garantir o atendimento do debate do Judiciário.³⁸⁶

Eros Grau, conforme observamos, tende a acompanhar a análise empreendida por Scaff e por Neier. Para o Ministro do STF à Constituição deve ser conferido o seu valor e honrado o seu destino, que é o de ser cumprida. “Mas ela não supre a utopia da transformação da sociedade”. Afirma que é com os olhos na realidade social que todos devem se empenhar na luta pela concretização dos direitos econômicos e sociais como direitos subjetivos públicos, direitos originários a prestações, e pela luta da imposição ao Poder Público, de implementar as condições de efetivação destes direitos, dentro da reserva do possível e no quadro dos recursos econômicos disponíveis.³⁸⁷

Ressalta, Grau, que a Constituição não deveria prometer o impossível, sobretudo os direitos econômicos e sociais por ela afirmados, sem intermediação legislativa, entendendo

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Virtude soberana**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 446. Dworkin afirma que o teste do seguro prudente ajuda a responder as questões sobre quanto os EUA devem gastar, no geral, em seu sistema de saúde, e quanto desse sistema de saúde deve ser distribuído entre os cidadãos. O teste pergunta quanto as pessoas decidiriam gastar com a própria assistência médica, individualmente, se comprassem um seguro em condições justas do mercado livre, e insiste que nós, como Nação, devemos gastar tanto quanto os indivíduos gastariam coletivamente, em tais condições. Segundo Dworkin uma comunidade comprometida com a igualdade de recursos, de modo que o povo possa tomar suas próprias decisões acerca da vida que melhor lhe convier, incentiva, em vez de subverter, os princípios adequados da responsabilidade individual e desestimula a idéia de que o governo deve cuidar do povo do berço ao túmulo, em vez de lhes permitir que assumam a responsabilidade pela própria via. *Ibid.*, p. 448-449.

³⁸⁶ Segundo Dworkin, é importantíssimo que qualquer órgão encarregado dessas decisões seja composto por representantes de diversos grupos, para que se possa esperar que tomem decisões diferenciadas; Esse órgão deveria contar com médicos e especialistas da área da saúde, é claro, mas, também, com pessoas leigas de diversas idades, de diversas partes do país e, se possível, de estilos diferentes de vida. Esse órgão poderia aproveitar a experiência de países com serviços de saúde com único pagador, administrados pelo governo, que precisam racionar sistematicamente o atendimento médico. *Ibid.*, p. 447.

³⁸⁷ GRAU, Eros, Realismo e utopia constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. São Paulo: Renovar, 2006. p. 140.

que estes devem ser desmistificados de sorte que o jurista supere essa alienação.

Os direitos econômicos e sociais dependendo, para sua plena concretização, da ação do Poder Público, sua efetivação encontra limites fáticos em fatores econômicos, em condicionalismos institucionais, no modo de organização e funcionamento da Administração Pública e na existência e quantidade de recursos postos à disposição do Estado. Isso efetivamente não pode ser negado, salvo se ignorarmos a força dos fatores reais do poder, que logo se transformam em fatores institucionais.³⁸⁸

Barcellos lança as seguintes questões: Não seria paternalista e presunçoso imaginar que os juristas e os juízes tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas que os agentes públicos encarregados dessa função? [...] seriam os juristas mais sábios, teriam acesso diferenciado ao conhecimento do que é bom ou adequado nesse particular? Seriam mais éticos ou mais comprometidos com o interesse público?³⁸⁹

Os questionamentos acima, segundo a autora, podem ser respondidos resumidamente com fundamentos distintos, do qual se destaca o de que todo controle jurisdicional tem como fundamento a norma jurídica, fruto da deliberação democrática, e a hipótese se torna conflituosa quando não há como extrair da norma jurídica as respostas às questões como as de matéria de políticas públicas, cabendo neste caso ao Executivo e ao Legislativo elaborar as respostas, mas, mesmo aí, poderá haver controle jurisdicional, conquanto seja possível – a despeito do caráter genérico dos parâmetros jurídicos – formular um juízo consistente de certo/errado, em face das decisões dos poderes públicos, e tais juízos podem ter fundamentos morais ou técnico-científicos. E conclui a autora: se inexistente quaisquer desses três fundamentos – jurídico, moral ou técnico-científico – incide perfeitamente a crítica de que não haverá fundamento algum, legítimo, com base no qual o juiz possa fazer a sua opinião prevalecer sobre a dos agentes públicos democraticamente eleitos.³⁹⁰

³⁸⁸ GRAU, Eros, Realismo e utopia constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em país es periféricos. São Paulo: Renovar, 2006. p. 141.

³⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 123.

³⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 122-126-127.

Daí a posição dos autores citados e de outros, ao ressaltarem que a “reserva do possível” somente pode servir de argumento ao não-atendimento do direito postulado, quando os recursos estiverem efetivamente sendo utilizados para a correlata destinação, no atendimento das políticas públicas criadas pelos órgãos competentes para tal.

Não se nega que a escassez de recursos financeiros e a falta de controle quanto à sua aplicação, bem como a concretização da política pública como limite para o reconhecimento pelo Estado do Direito às prestações, desafia os operadores do Direito, em especial, o Judiciário, no seu poder-dever de não apenas reconhecer, mas, também, de garantir a concretização de Direitos. Entretanto, como acima afirmamos, a situação de crise do Estado não pode servir de eterno argumento para a não-realização dos direitos sociais previstos na Constituição, pois o Judiciário, como o último intérprete da Constituição, deve determinar o conteúdo desses direitos, ao menos no que tange, ao mínimo existencial que garanta a dignidade humana, ainda que, topicamente. À luz das especificidades do caso concreto, fazendo-o sempre de modo racionalmente fundamentado, com premissas universalizáveis, pautado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse contexto, a jurisprudência nacional vem se inclinando no reconhecimento cada vez mais acentuado de que a “reserva do possível” não é aplicável no que tange ao atendimento do direito à saúde. Entretanto, ainda que essa seja a tendência, podem, igualmente, ser localizadas jurisprudências em sentido contrário, quando do exame do caso concreto, não se reconhecendo pontualmente uma responsabilidade absoluta e ilimitada por parte do Estado, em questões semelhantes, em especial, quando podem causar agravamento no orçamento da saúde de determinado ente público, marcando o mesmo dualismo encontrado no subcapítulo anterior.³⁹¹

³⁹¹ Entre centenas de Jurisprudências do TJ/RS, TJ/SP e TJ/MG escolhidas aleatoriamente, citamos somente algumas que reconhecem inaplicável o princípio da reserva do possível no que tange ao direito à saúde. 70026285783, 70025651167, 70025767005, 70023924251, 70025509704, 70025914896, 728.948.5/2-00, 568.548-5/1-00, 749.816.5/4-00, 558.209.5/7-00, 538.841.5/4-00, 1.0145.06.308031-4, 1.0377.06.008372-4, 1.0000.08.476.433-1, 1.0024.07.767461-2, 1.0000.07.452832-4. Decisões aplicando o princípio da reserva do possível. 70023724016, 70026241364, 70025935875, 70025131244, 1.0024.06256393-7, 1.0000.07.450028-1, 1.0313.06.209465-8, 1.0000.06.438475-3. Como salientamos anteriormente, o STF neste particular têm afastado a aplicação da reserva do possível, em especial, no que tange ao mínimo existencial. Scaff ressalta que enquanto no âmbito do direito à saúde e no direito à educação, a posição do STF tem sido no sentido de aplicabilidade imediata do direito constitucional, gerando sentenças aditivas, a posição do STF, no âmbito dos direitos previdenciários é distinta. Para estes casos, o STF entende que é necessária a fonte de custeio para a concessão do benefício. Vários julgados declaram inconstitucionais leis estaduais que criaram ou estenderam benefícios previdenciários a servidores ou a seus dependentes sem a correspondente fonte de custeio. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. p.168. In: SARLET. Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Exemplo alienígena de controle da Corte Constitucional sobre a alocação dos recursos para o cumprimento dos direitos sociais pudemos identificar na África do Sul, onde tem sido realizado com certo êxito. A Corte, em casos concretos, examina se adequados os programas instituídos pelo governo para o atendimento das políticas públicas; porém, deixa ao legislador a definição da alocação dos recursos, no sentido de atender a satisfação desses direitos, interferindo somente se entendido que tal alocação não corresponde ao objetivo mínimo previsto na Constituição.³⁹²

Timm, ao abordar a questão da escassez dos recursos públicos, assevera que não é a essencialidade da necessidade (e do direito social positivado) que deve ser o ponto de partida para a análise do problema; ela deve ser, sim, o ponto de chegada. Por isso, segundo esse autor, os direitos sociais são consagrados em normas programáticas, que estabelecem justamente metas, resultados a serem obtidos pela sociedade e pelo seu governo, em um determinado espaço de tempo.³⁹³

Se fossem implementadas as metas ditas “programáticas”, o argumento do autor não deixaria de ser verdadeiro; mas, por outro lado, temos um legislador nem sempre comprometido com a definição das normas programáticas e, diga-se de passagem, na maioria

³⁹² Buscando verificar como esta questão tem sido enfrentada em outros sistemas, que vivenciam situação de crise estrutural, senão idêntica a nossa, talvez ainda, pior, citamos a atuação da Corte Constitucional da África do Sul no que tange à determinação de implementação de políticas públicas constantes na Constituição. Naquele sistema a Constituição prevê direito à moradia e, igualmente, a obrigação do Estado de tomar as devidas providências legislativas e outras medidas cabíveis, dentro dos recursos financeiros existentes, para a progressiva realização deste direito. Chapter 2 section 26 of the South African Constitution which states: (1) Everyone has the right to have Access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right. Ao interpretar essas normas, a Corte, no caso *Republic of South Africa v. Grootboom*, decidiu a favor do grupo Grootboom, entendendo que o governo precisa alocar recursos razoáveis para o cumprimento desse direito, ainda que sua posição deixe ao Legislativo a decisão quanto ao montante a ser alocado. Faz, entretanto, a observação de que boa parte do orçamento deve ser destinada a essa finalidade sob pena de não atender ao regramento constitucional. “The nationwide housing programme falls short of obligations imposed upon national government to the extent that it fails to recognise that the State must provide relief for those in desperate need. They are not to be ignored in the interest of an overall programme focused on medium and long term objectives (rather than short term objectives). It is essential that a reasonable part of the national housing budget be devoted to this, but the precise allocation is for national government to decide in the first instance.” This last sentence illustrates the Court’s careful balancing act. Thought the Court forced compliance with the Constitution, it gave the government discretion on how to comply with the law. Segundo Kende, *Grootboom* demonstrata que: that placing socio-economic rights in a Constitution does not mean that every individual is entitled to assistance on demand. Instead, the Court analyzed whether the overall government policy was reasonable. Cass Sunstein said, “what the south African Constitutional Court has basically done is to adopt an administrative law model of socioeconomic rights. KENDE, Mark S. *The South African Constitutional Court’s embrace of socio-economic rights: a comparative perspective*. **Chapman Law Review** USA, p. 4, spring 2003.

³⁹³ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET. Ingo Wolfgang; TINN, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 59.

das vezes, comprometido com outros interesses que não os de garantir os direitos sociais insculpidos na Constituição, ao lado de um Judiciário que nem sempre atuou na concretização dos direitos sociais, e que só recentemente vem alterando sua posição, como recém referido, e como vimos, exemplos citados no subcapítulo que tratou da limitação na independência do Judiciário como fator de mecanismo de desvio de efetividade.

Também é verdade que o gasto com prioridades sociais que atendam a um maior número de necessitados, como sustenta Timm, evitando o desperdício, pode ser a melhor solução ou a mais justa num país pobre, e em que os recursos são escassos. Nesse viés, combate, o autor, a idéia de que o Brasil seja um país rico e que o grande problema seja a má distribuição de renda:

Assim, basta que um Juiz dê uma ordem e o membro do Poder Executivo dará um jeito de conseguir as verbas sob o risco de ser preso já que “dinheiro há”, o problema é que ele é mal administrado. [...] Esse senso comum peca na premissa. O Brasil tem bastante diferença social sim, mas por outro lado, tem mobilidade social alta – o que indica dispersão da renda ao longo do tempo. E o Brasil, infelizmente não é um país rico. Se a distribuição de renda fosse perfeita (máxima e eficiente) nós chegaríamos a uma distribuição de renda igual à renda *per capita* do país que hoje é cerca de R\$ 12.000,00 a R\$ 14.000,00 (cerca de U\$ 7.000,00) por ano, portanto, longe ainda de países ricos (que ficam na casa dos U\$ 20.000,00).³⁹⁴

Tais afirmações confirmam o argumento de que a crise fiscal do Estado é séria e serve de efetivo mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional; por outro lado, igualmente, demonstra que o argumento da reserva do possível é resultado, em determinadas situações, de opções equivocadas dos Poderes Executivo e Legislativo que se entendem, na maior parte das vezes, não adstritos à prioridade de implementação das diretrizes constitucionais, apesar da vinculação mínima estabelecida na Constituição Federal (CF, arts, 195, 196, 198, § 2º., 208 e 212), além da vinculação das próprias receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social.³⁹⁵

³⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET. Ingo Wolfgang; TINN, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 59.

³⁹⁵ Ana Paula Barcellos cita como exemplo gastos públicos com publicidade governamental e as relações de prioridades eleitas pelas autoridades. Entre centenas, Brasil afora, refere a ação por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Município de Campos dos Goytacazes por conta de excesso nos gastos públicos com eventos culturais, tendo a prefeitura organizado mais de 150 shows musicais em menos de 2 anos, com inúmeras acusações de superfaturamento, e que tais gastos milionários não são utilizados em outras áreas de atuação obrigatória do poder público. BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET. Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 132.

Destaca-se, ainda, que a doutrina da reserva do possível tem sido afastada quase que integralmente, quando em discussão a proteção ao mínimo existencial. Torres, afirma, que a doutrina reconhece a existência da proteção positiva do mínimo existencial ao indivíduo, e esta não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas;³⁹⁶ ao contrário do que acontece com os direitos sociais, porquanto, entende-se que o Judiciário pode determinar a entrega de prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias constitucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos como hospitais, clínicas, escolas primárias etc.³⁹⁷

E o que podemos compreender por mínimo existencial? Para Barcellos, o mínimo existencial “é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem Direito; é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana³⁹⁸”.

Adverte, no entanto, Sarlet, que não é possível estabelecer de forma apriorística, e acima de tudo de forma taxativa, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial. O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.

O mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.³⁹⁹

³⁹⁶ Esta é a posição de Sarlet que faz, inclusive, uma distinção entre o mínimo existencial e o mínimo vital, e preconiza que a reserva do possível não se insere no conceito de direito fundamental. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde, algumas aproximações. *Ibid.*, p. 24.

³⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo, O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. 83 In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-82.

³⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 45.

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25.

Assim, o mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. É direito de *status negativus libertatis* e de *status positivus libertatis*. As prestações positivas, gerais e igualitárias do Estado revelam o *status positivus* do mínimo existencial. Ao lado da prestação jurisdicional, o Estado deve garantir, também, positivamente, as liberdades por meio da polícia, das forças armadas, da diplomacia etc.⁴⁰⁰

Já o *status negativus libertatis* do mínimo existencial se revela no dever de não invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão, representada pelo direito à subsistência.⁴⁰¹ Assim, a ausência de suporte financeiro não pode servir de empecilho para a preservação dos direitos fundamentais, especialmente quanto às necessidades básicas de alimentação, de vestuário, de moradia, de educação e de saúde, indispensáveis para uma sobrevivência digna.

Sarlet afirma não lhe parecer correta a posição de parte da doutrina de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu conceito, de seu núcleo essencial, ou mesmo estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou de limites imanes dos direitos fundamentais:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.⁴⁰²

Importante é ressaltar o posicionamento de Torres, segundo o qual, ainda que não prevaleça o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, o princípio da reserva orçamentária deve ser observado. Segundo este autor, a superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, jamais à margem das regras constitucionais. “Se, por

⁴⁰⁰ GALDINO Flávio, O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação do Direitos humanos**. p. 179-181. O autor cita Georg Jellinek e sua classificação quanto ao *status* negativo/positivo dos direitos frente ao Estado. p. 154

⁴⁰¹ Ibid., p. 177-181.

⁴⁰² SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 305.

absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis.”⁴⁰³

Por sua vez, Robert Alexy sustenta existir um direito fundamental “a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.”⁴⁰⁴ Essas condições mínimas para uma existência humana digna, segundo o autor, devem ser asseguradas pelo Estado Social, que tem como um dos deveres óbvios a ajuda aos necessitados, fundada na igualdade real e no dever de solidariedade, posição com o qual concordamos. Segundo Alexy, a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.⁴⁰⁵

Na perspectiva de Alexy a “reserva do possível” não pode levar ao esvaziamento do direito. O autor afirma que o fato de os direitos sociais dependerem de uma configuração infraconstitucional não é uma objeção decisiva, pois, também as competências e os procedimentos dependem desse tipo de regulação. Para o autor, a cláusula da reserva do possível expressa simplesmente a necessidade de sopesamento do direito, característico de todos os modelos baseados no sopesamento que aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente.⁴⁰⁶

Já nos encaminhando para o fechamento desta etapa, e cientes de que vários aspectos desafiaríamos maiores desenvolvimentos, reafirmamos nosso entendimento, perfilhando a posição

⁴⁰³ TORRES, Ricardo Lobo, O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83.

⁴⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 512.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 512-513

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 514-515.

de Sarlet⁴⁰⁷, de que, embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais, como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa, há que reconhecer o direito subjetivo a prestações e, portanto, plenamente exigível via Poder Judiciário.

A crise estrutura-fiscal existe e, conforme vimos expondo, a limitação orçamentária, diuturnamente, é usada como argumento para o não-cumprimento das diretrizes fixadas em nossa Constituição. A questão que se coloca, sob o ponto de vista do Brasil, é a opção feita pelos políticos do Executivo e do Legislativo que, repetidamente, têm dado maior importância ao cumprimento de metas fiscais e econômicas, em detrimento da realização de programas de políticas públicas para o desenvolvimento humano.

Nas próprias palavras de Stiglitz, a escolha pela austeridade fiscal, quando levada longe demais, e nas circunstâncias erradas, pode causar recessão, e as altas taxas de juros podem cercear novos empreendimentos comerciais e, o que é mais grave, isso pode levar a um elevado nível de desemprego e a um retalhamento do contrato social,⁴⁰⁸ o que não deixa de confirmar o panorama vivenciado no Brasil, onde se supervaloriza a estabilidade econômica em detrimento da implantação de um maior número de programas voltados à ordem social.

Ou seja, no Brasil, a despeito da vinculação constitucional do administrador quanto à aplicação dos recursos fiscais, que acabam não sofrendo controle eficaz, é clara a opção do Legislador e do Executivo no sentido de propiciar a tranquilidade do mercado aos investimentos, boa parte de capital especulativo e, com isso, manter sossegadas as agências de avaliação de riscos, do que canalizar recursos e energias na promoção de políticas públicas

⁴⁰⁷ O autor firma a posição de que no âmbito do sistema de direito constitucional nacional- todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil. Em razão dessa posição, por mais que se deva reconhecer possíveis diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra a supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF) os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º. § 1º, da CF, no sentido de que todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 17.

⁴⁰⁸ STIGLITZ, Joseph E. **A Globalização e seus malefícios. A promessa não cumprida de benefícios globais**. Tradução Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002. p. 117.

que minimizem a miséria e as desigualdades sociais do país. Aí, por óbvio, que a reserva do possível serve de pretexto, não raro, falacioso, de argumento real para a ausência de orçamento que possa fazer frente às demandas sociais, cuja implementação compulsória é determinada pelo Judiciário.⁴⁰⁹

A União, privilegiando o pagamento dos juros da dívida externa, e os Estados Federados, suas dívidas com a União e Bancos estrangeiros, sem dúvida, vêm-se frente a limitações de orçamento, que, infelizmente, decorrem das escolhas no sentido de privilegiar tais pagamentos e de não aplicar em políticas de incentivo ao desenvolvimento humano e, por via de consequência, na inclusão de toda uma gama de indivíduos, hoje fora do sistema, condutas que, se adotadas, poderiam estar contribuindo para o crescimento da economia e o bem comum, e que acaba, dramaticamente, servindo de exclusivo ônus à sociedade.

Enfim, em um Estado Democrático de Direito, impõe-se que a atuação estatal viabilize a concretização de direitos fundamentais de cunho prestacional e os direitos ditos de solidariedade, sendo imperioso o desenvolvimento de políticas públicas que atendam a esses direitos. Em outras palavras, é inegável que, na consecução dos objetivos constantes da Constituição de 1988, a análise não se prenda somente ao processo legislativo datado no tempo e no espaço. É vital que se fiscalize a atuação do Estado com vistas aos fins constitucionalmente determinados, principalmente pelos órgãos que exercem diretamente o exercício do poder de governo, no atendimento de condições mínimas dignas ao cidadão.

⁴⁰⁹ A respeito do controle de implementação das metas previstas nos planos plurianuais e nas leis orçamentais, Barcellos afirma que esses documentos são tão genéricos e disassociados de parâmetros concretos que é simplesmente inviável controlar, sob qualquer perspectiva, seu eventual cumprimento ou descumprimento. Tal problema foi apontado pelo relatório da auditoria realizada pela Secretaria da Macroavaliação Governamental (SEMAG) do TCU acerca do Plano Plurianual 2004/2007 (processo n. 015271/2003-4), verbis: “49. Há que se registrar, nesse contexto, a generalidade e imprecisão da grande parte dos desafios de governo, que podem ser ligados aos objetivos de diversos programas, levando-se em consideração que não se encontram associados a referências objetivas que possam ser mensuradas, e, sim, a enunciados genéricos, do tipo: valorizar, implementar, promover, melhorar, garantir, etc. Em outros casos, fala-se em “reduzir, ou aumentar, mas não se apresentam as situações-objetivo no horizonte de tempo”. Sobre o tema, v. Renata Ribeiro Baptista, TCU – Proce. 015271/2003-4 – Controle do Plano Plurianual 2004/2007 pelo Tribunal de Contas da União, 2006. BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET. Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 134.

Sustentamos a eficácia dos direitos sociais e, para tal, seguimos na esteira do magistério de Sarlet ⁴¹⁰, afirmando que tais direitos revogam atos normativos anteriores e impõem ao legislador a concretização das chamadas normas programáticas, a declaração de inconstitucionalidade de leis; geram direitos subjetivos, criam o direito de proibição de retrocesso, enfim, compreendendo os preceitos relativos a direitos sociais como normas jurídicas vinculantes, como também sustenta Vieira de Andrade, as quais impõem positivamente ao legislador a concretização dos direitos consagrados na Constituição, sob pena, inclusive, de vir a ser declarada a inconstitucionalidade por omissão.⁴¹¹

Necessárias, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, com o devido direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, no que o Judiciário pode ser auxiliado com a contribuição efetiva de outros atores sociais, como o Tribunal de Contas, o Ministério Público, as agências reguladoras etc., no sentido de implementar uma proba e moralmente vinculada administração dos recursos públicos, de sorte que a escassez dos recursos fiscais possa ser superada como mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional.

Portanto, ante esta análise, é possível afirmar, como conclusão parcial, que a hipótese da *Constraint III*, suscitada por Rosenberg, de que a ausência de controle sobre os recursos fiscais, pelo Judiciário, os limites orçamentários, associada à ausência de controle sobre a implementação é, também, mecanismo de desvio de efetividade existente no nosso sistema, porém, aqui, ele ainda é acrescido da ausência ou limitação fática dos recursos pelo próprio Estado e da própria deficiência ou carência de pessoal na administração destas medidas.

⁴¹⁰ SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. 8. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 311-312.

⁴¹¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 399. Importante frisar que em Portugal há um regime diferenciado aplicável aos direitos, liberdades e garantias, em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, estes reconhecidamente sujeitos à reserva do fática e economicamente possível, aqueles, conforme artigo 19 e seguintes da CRP, sujeitos a uma proteção reforçada (limites materiais de reforma constitucional e vinculação do legislador ordinário, conforme se pode constatar lendo os artigos da CRP). Os direitos sociais, como ditos, genericamente, os direitos culturais, econômicos e sociais, não são, pois, imediatamente aplicáveis, nem vinculam imediatamente, entidades públicas e privadas, (no que Vieira de Andrade discorda) distinção que não faz a nossa Constituição federal, na dicção do artigo 5º.,§ 2º., que fala na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

A situação retratada até o momento é, em muito, no nosso entendimento, reflexo da crise política que o país vivencia e que será abordada no subcapítulo a seguir, compreendida como outro mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional.

3.3.2 A Democracia e a Globalização em um Ambiente de Crise Política

Como reflexo das transformações e das crises do Estado, já delineadas no início deste trabalho, a Democracia se encontra fragilizada, notadamente, nestes tempos de globalização; e tendo em vista a recente história democrática que este país vivencia, pode ser afirmado, inclusive, que, apesar de intitulado democrático, o Brasil, em muito se ressentido de instituições efetivamente democráticas e de práticas democráticas fundamentais à sua implementação, o que se reflete no desempenho do Poder Judiciário e, em geral, em todos os setores da sociedade.

A hipótese aqui tratada - que identificamos como mais um mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição -, não foi suscitada por Rosenberg ou Canon & Johnson como fator que interfere na implementação das decisões e na conseqüente efetividade do Judiciário. Mas, entendemos que esse tema é essencial ao debate e optamos por incluí-lo em nossa análise, enfrentando a matéria da crise política do Estado e, nela, a influência da prática democrática e da globalização como outro mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição, ainda que indireto, porquanto, sustentamos que ela afeta a própria realização do Estado Democrático de Direito.⁴¹²

Nesse sentido, importa verificarmos até que ponto a prática democrática ou a concepção de Democracia, diga-se, liberal, influenciada pelos movimentos de globalização que atuam sobre os Estados, não interferem, igualmente, na condução das políticas econômicas e sociais, impedindo o desenvolvimento e a estruturação de um Estado Democrático de Direito. Até que ponto não interessa ao poder dominante (aí compreendido o poder econômico que não possui nacionalidade) a ineficiência ou a insuficiência da atividade

⁴¹² A crise de representação acaba por salienta a tensão existente entre os Poderes do Estado, onde em países como o Brasil, (que adota o presidencialismo a exemplo do americano) a Corte Constitucional está localizada dentro do Judiciário, diversamente da posição das Cortes Constitucionais européias que estão fora do Poder Judiciário e onde o conflito se estabelece entre o Executivo e o Parlamento.

jurisdicional, mantendo a atividade do Judiciário sob um silencioso controle? Até que ponto, igualmente, não lhe é conveniente um Judiciário e um processo que sirva somente de resolução de conflito, e não um Judiciário que atue na condução e no controle de políticas públicas de desenvolvimento da cidadania plena?

A Democracia representativa, inclusive, princípio estruturante e basilar de nossa Constituição, pretende o desenvolvimento da cidadania e o fortalecimento do regime por meio da Democracia participativa. Nossa Constituição combina a representação e a participação direta. Mas, apesar da combinação destes ingredientes, ainda é forte, na mentalidade política, notadamente dos governantes, a distinção entre Estado e sociedade, mantendo abstrata a relação povo-governo, bem como previa e buscava o Estado Liberal burguês.

Nicola Matteucci, ao mencionar os dois grandes desafios históricos que o liberalismo precisou enfrentar, afirma:

O primeiro foi a transformação da monarquia medieval em monarquia absoluta e burocrática, tendo como ponto de partida a reivindicação dos direitos naturais do indivíduo e a afirmação da separação dos poderes, e o segundo desafio diz respeito a relação entre liberalismo e democracia. A ampliação dos direitos eleitorais, marginalização da câmara hereditária (que se transformou, posteriormente, também em eletiva), divisão do poder político vertical – autonomias locais, federalismo e horizontalmente, de forma a que a antítese maioria-minoria substituísse a antítese rei-parlamento.⁴¹³

Segundo Bobbio, o projeto político democrático foi idealizado para uma sociedade muito menos complexa, em que não estavam previstas as inúmeras transformações da sociedade civil. Primeiro, na medida em que as sociedades passaram de uma economia familiar para uma economia de mercado, e de uma economia de mercado para uma economia protegida, regulada, planejada, aumentaram os problemas políticos que requerem competências técnicas que exigem especialistas, técnicos. Conclui, o autor, afirmando que Tecnocracia e Democracia são antitéticas. A Democracia sustenta-se sobre a hipótese de que

⁴¹³MATTEUCCI, Nicola. Verbete Liberalismo. In: Bobbio, Norberto et al. Dicionário de política. Tradução de J.M cascais et al. Brasília: UnB, 1983. p. 687. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuck de. **O Diálogo Democrático**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 58.

todos podem decidir a respeito de tudo. A Tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos.⁴¹⁴

Ademais, segundo o autor, acentua o problema, o contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado, hierarquicamente, do vértice à base e, portanto, diametralmente oposto ao sistema democrático. Na sociedade democrática, o poder vai da base ao vértice, e numa sociedade burocrática, ao contrário, vai do vértice à base, do que concluímos, ao que tudo indica, que vivemos numa sociedade burocrática e sem perspectivas positivas de inversão desse quadro.⁴¹⁵

Se considerarmos como correta a análise de Bobbio, não haverá como fugirmos à necessária reformulação da prática da sociedade ocidental, notadamente, quanto à grande concentração de soluções burocráticas que não acompanham a necessidade e a premência das demandas em um mundo globalizado, o que atinge, igualmente, a necessidade de reformulação da própria atividade jurisdicional.

Em circunstâncias políticas constituídas por uma pluralidade de identidades, formas e interesses culturais, cada uma, muito provavelmente, articulando específicos regimes, a Democracia é vista, também, como base de tolerância e negociação sobre as diferenças.⁴¹⁶ Infelizmente, essa Democracia vista como base de tolerância e negociações das diferenças quiçá, somente exista no plano das idéias ou no mundo ideal.

Para Severo Rocha, talvez a maior dificuldade para a análise da Democracia no fim do século XX e início do século XXI é que ela seja provocada pelo fato de que as duas teorias dominantes, na Teoria Política, o marxismo e o liberalismo, chegaram a um esgotamento de suas potencialidades críticas, assim explicando sua posição:

Não é difícil perceber o pânico no qual são jogados marxistas e liberais, frente a situações como a queda do muro de Berlim ou a destruição do Império Soviético, que não se encaixam na determinista ciência da história de Marx ou no modelo que tudo prevê de Parsons: a imprevisibilidade do acontecimento histórico, verdadeiro

⁴¹⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004. p. 46-47.

⁴¹⁵ Ibid., p. 46-47.

⁴¹⁶ HELD, David; HALL, Stuart; McGREW, Tony (Org.) **Modernity and its futures**. Cambridge, UK: The Open University, 1992. p. 40.

motor da Política, deixa em ruínas a Ciência Política objetivista.⁴¹⁷

Afirma, ainda, Severo Rocha, que é necessário compreender, seja no plano teórico, seja no político, a razão das dificuldades da institucionalização da Democracia no Brasil e na América Latina, bem como as relações desta incapacidade, como o menosprezo à lei.

Importa investigar, por exemplo, por que os problemas de efetividade da lei, tão importantes neste lado do mundo, não provocaram uma maior atenção da crítica – notadamente da dominante na esquerda. Assim, pode-se perceber uma das razões de sua perplexidade perante o desrespeito efetuado pela direita às leis e às Constituições – quando a tese marxista dominante é a da lei como superestrutura do econômico ou simplesmente como reflexo das classes dominantes. Quais seriam finalmente as reais relações entre a lei, o poder e a Democracia?⁴¹⁸

A vista dessas razões, entendemos como correta a afirmação do autor, quando sustenta que, no fundo, os críticos, ditos detentores da verdade Política, são as primeiras vítimas da ideologia antidemocrática que querem denunciar. Não existe Democracia com verdade; a Democracia é o lugar da indeterminação e da invenção. Somente o totalitarismo fornece a tranqüilidade dos lugares preestabelecidos.⁴¹⁹

É público e notório que a grande dificuldade que a Democracia enfrenta é a de conciliar a questão da liberdade (visão liberal) com a questão da igualdade, (visão marxista) novamente pressupostos das Teorias Políticas. Por isso, é fundamental repensar a Democracia, o seu paradigma e seus pressupostos teóricos, quando se quer implementar um Estado Democrático de Direito.

Na visão de Held, a Democracia, para prosperar, nos dias atuais, precisa ser reconstruída, re-concebida como um fenômeno de dois lados, um deles preocupado com a reforma dos Poderes do Estado, e outro, com a reestruturação da sociedade civil.⁴²⁰

⁴¹⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003. p. 173.

⁴¹⁸ Ibid., p. 176.

⁴¹⁹ Ibid., p. 176.

⁴²⁰ HELD, David; HALL, Stuart; MCGREW, Tony (Org.) **Modernity and its futures**. Cambridge, UK: The Open University, 1992. p. 43.

As fronteiras nacionais normalmente demarcam a Jurisdição dos representantes e representados, mas devemos questionar a legitimidade dos processos de escolha praticados pela Democracia moderna, quando pensamos e constatamos a falácia democrática praticada em várias Nações, como bem expõe Bolzan de Moraes:

Em primeiro lugar, quando referimos a possibilidade de fantochização da Democracia, estamos tentando ilustrar a idéia de que para que se constitua efetivamente a Democracia dos modernos, como forma representativa de tomada de decisões, um de seus pressupostos, embora não seja o único e sequer o suficiente, é a *oferta* no jogo político de alternativas reais de opção dadas ao cidadão-eleitor no momento da escolha dos representantes. Ou seja, para que se constitua a Democracia representativa, sob este viés, mister se faz que o eleitor tenha diante de si a possibilidade real – não ilusória – de escolher dentre os modelos diversos de respostas aos problemas sociais.⁴²¹

Essa possibilidade de escolha fica reduzida e, praticamente, desaparece frente ao poder das elites e das maiorias que estas formam no processo eleitoral. O modelo de democracia representativa nesta sociedade complexa se tornou um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios, pretensões da sociedade, muitas vezes, pela impossibilidade de elegerem-se propostas distintas e que possibilitem reais escolhas pelo cidadão, sobre os rumos que devem ser seguidos pelo poder político para a concretização de uma sociedade mais justa.

O conceito de Democracia é muito controvertido, sendo, no entanto, definido, normalmente, pela linha da “maioria” ou “majoritária”, considerado democrático o que a maioria decidir. A minoria, nessas situações, ou se conforma, ou tem que encontrar outros meios de atuação, recorrendo, muitas vezes ao Judiciário para a afirmação e concretização de seus direitos, o que vai ao encontro do entendimento de Dworkin de que os direitos fundamentais constantes na Constituição são trunfos destes contra as maiorias, por vezes arbitrárias.⁴²²

⁴²¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan; ZANIN, Fabrício Carlos; COPETTI NETO, Alfredo. A Democracia dos Modernos: crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas: relato de pesquisa. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**: mestrado e doutorado. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003, p. 202.

⁴²² Além de Dworkin, entendendo que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria Jorge Reis Novais com obra específica à respeito: *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Editora Coimbra. 2006.

Dworkin não se convence pelo critério democrático da *majoritarian rule* e entende que, para que a decisão da maioria possa ser entendida como legítima, outras condições precisam ser preenchidas, condições que devem constar na Constituição e que, uma vez implementadas, possam dar legitimidade à decisão dessa maioria. Ou seja, na visão do autor, o conceito de Democracia tem que ser construído a partir do “locus” constitucional, com base nos valores da sociedade presentes na Constituição.⁴²³

Resulta que a teoria da representação política, ainda refletindo valores liberais, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados; seu mandato é exercido livremente, não precisando de ratificação, nem de prestar contas, ainda que politicamente o faça, tendo em vista, no mais das vezes, apenas a própria reeleição, indo em sentido diverso dos valores implícitos na Constituição. No mais, nosso Legislativo é totalmente irresponsável, não possuindo, o sistema, medidas efetivas *de accountability*, como previsto num sistema parlamentar.

Salutar seria a inclusão, em nosso Sistema, do chamado *recall*,⁴²⁴ como existe no americano, em que é possível a revogação do mandato mediante um pedido formulado por petição, com um número mínimo de assinaturas de eleitores, para um procedimento de votação da permanência, ou não, daquele representante. Nosso Sistema prevê o *impeachment* ou a cassação⁴²⁵ que, no entanto, está sempre sob o controle de iniciativa dos que estão no poder, o que favorece por demais a inércia e os famosos conchavos políticos.

A ausência de uma efetiva *accountability* pode ser mitigada se desenvolvido na consciência coletiva, o exercício do controle da atuação dos governantes. Se as metas estabelecidas nos Planos Plurianuais e nas Leis Orçamentárias não são atingidas, em especial, no tocante à observação de políticas públicas que atendam os direitos fundamentais, por que não fazer uso do Judiciário para a obtenção das informações quanto à devida destinação dos

⁴²³ DWORKIN, Ronald. **Conferência proferida na Washington University in St. Louis em novembro de 2001.** Disponível em: <<http://www.wulaw.wustl.edu>>. Acesso em: 29 set. 2008.

⁴²⁴ A method of removal of official in which power of removal is either granted to or reserved by the people. Right or procedure by which a public official may be removed from office before the end of his term of office by a vote of the people to be taken on the filing of a petition signed by required number of qualified voters. BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary.** 6th ed. USA: West publishing, 1998. p. 876.

⁴²⁵ O procedimento de Cassação pode se dar também em processo judicial, inclusive, em ação civil pública, por improbidade administrativa, o que demonstra que instrumentos temos para a melhora do sistema, mas, novamente, na dependência de interessados que busquem a tutela do Judiciário.

recursos? A prestação de contas dos governantes, com o auxílio do Judiciário, pode incrementar o grau de responsabilização política e social do modo a fornecer subsídios mais convincentes para o debate e para o controle social, em especial, no caso de governantes que buscam a reeleição.

A falácia da Democracia representativa acaba por desvirtuar não só o processo eletivo, mas, também, o processo legislativo, que se torna instrumento de manipulação e de poder, o que contribui, no caso brasileiro, para a inércia do Legislativo em relação a várias metas que ainda exigem previsão infraconstitucional, mesmo após 20 anos de promulgação da Constituição Federal.

Scaff afirma que a razão da atuação do Judiciário, hoje, como ordenador de despesas públicas e legislador positivo, está no desvirtuamento que o processo legislativo, aliás, sempre a galope do fato social, tomou no nosso país. Destaca o autor:

a) Grande parte da legislação federal brasileira nasce no Poder Executivo, seja pela edição de medidas provisórias, seja pela iniciativa de propositura legislativa; b) existe clamor por uma reforma política, através da qual o exercício do direito de voto venha a ser melhor identificado. As distorções hoje existentes, onde candidatos que possuem apenas uns poucos votos, na esteira de candidatos bastante votados, tornam-se deputados, ou ainda a ausência de fidelidade partidária, são alguns itens da reforma que deve ser implementada com urgência no Brasil; c) ao lado do processo eleitoral mencionado, existe também o problema do processo legislativo, pois ainda vigoram no Brasil institutos como o do voto da liderança, onde um único parlamentar vota por um sem numero de deputados ou de senadores. Isso cria parlamentares de 1ª e 2ª. Classe e distorce fortemente a democracia, colocando em cheque o principio da discricionariedade do Legislador; d) outro aspecto a ser considerado diz respeito aos sucessivos escândalos éticos que vêm sendo descobertos no bojo do Poder Legislativo ao longo de sucessivas legislaturas, dentre eles o do “Anões do Orçamento”, compra de votos, Mensalão, alguns comprovados judicialmente, outros nem tanto, mas todos com forte apelo político, que repercute na imagem do Legislativo brasileiro.⁴²⁶

Por essas e outras razões, a Democracia representativa acaba se fundando em uma idéia de igualdade abstrata perante a lei, assentada em um princípio individualista, concretizado no momento do voto, muitas vezes formado pela pressão dos meios de informação e de desinformação, não representando a vontade concreta do povo.

⁴²⁶ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível In: SARLET. Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 152-3.

Essa tendência cada vez maior de impossibilidade de escolhas reais de representantes ou de programas distintos gera um processo de rejeição, ou mesmo, apatia do cidadão frente aos pleitos eleitorais. O caráter representativo desaparece diante das manobras do mercado econômico que acaba definindo as pautas dos candidatos. E a grande massa da população acaba condicionada pelas agendas políticas impostas de forma acrítica.

E, nem poderia ser diferente, se considerado que, segundo dados do IBGE, 26% da população brasileira, com 15 anos ou mais, possui apenas quatro anos de estudo completo e que, de acordo com a Associação Brasileira de Tecnologia Educacional, 75 % das pessoas na faixa etária dos 15 aos 64 anos não conseguem ler e escrever plenamente. O número inclui os analfabetos funcionais, isto é, aqueles que identificam letras e palavras, mas não conseguem utilizá-las no cotidiano e têm dificuldades para compreender e interpretar textos. Segundo a pesquisa, apenas um em cada quatro brasileiros consegue ler, escrever e utilizar essas habilidades para continuar aprendendo.⁴²⁷

Some-se, ainda, aos desvios acima referidos, a própria questão da corrupção que afeta a implementação das diretrizes definidas na Constituição, facilitada que é a sua ocorrência pela ausência de controle, ou, se apurada, a ausência de punição dos agentes. As instituições mais desacreditadas e apontadas como corruptas são as do Poder Legislativo segundo pesquisa realizada pelo Vox Populi. A Câmara dos Vereadores é percebida como mais corrupta que o Senado Federal. Entre Polícia Federal, Judiciário e Congresso, os dois primeiros são, de longe, Instituições que gozam de mais respeito entre os entrevistados.⁴²⁸

Essa crise provoca a busca por alternativas de representação mais efetivas, como a Democracia participativa que forneça alternativas possíveis de rearticulação de espaços de decisão. Na lição de Bolzan de Moraes, muito do jogo político se perdeu pela homogeneização das propostas de políticas públicas para a solução dos problemas sociais, pelo qual muitos responsabilizam a globalização.

⁴²⁷ BARCELLOS, Ana Paula, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 114.

⁴²⁸ Pesquisa realizada pelo Vox Populi a pedido do Centro de Referência do Interesse Público, da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=447261>>. Acesso em: 03 ago. 2008.

Acompanhando a posição de vários autores, entendemos a política de economia capitalista, ou as pautas do capitalismo financeiro, a maior responsável por tal falta de opção dos Estados nacionais, na escolha de quais as políticas públicas a desenvolver, e não exclusivamente a globalização, o que nos aponta para a real necessidade de engajar o cidadão, cada vez mais cético ou mesmo desconectado do mundo político, nas decisões que implicam diversidade de opções para os diversos mundos sociais, locais, regionais, nacionais e globais, de sorte que não seja, o Judiciário, sua última ou única alternativa de concretização dos direitos insculpidos na Constituição.

A evolução e o crescimento da sociedade, com suas enormes transformações e, conseqüentemente, maiores necessidades, demonstram a inadequação do modelo atual de representação democrática. Não podemos nos esquecer que a crise da Democracia representativa contribui para a crise estrutural do Estado, que desenvolve políticas clientelistas, assistencialistas, que criam um cidadão dependente, em vez de efetivos programas sociais e de estímulo à autonomia das pessoas, respeito à sua dignidade, desenvolvendo uma Democracia participativa maior.

Se, no século passado, a ideologia determinava a centralização, ou seja, a meta era centralizar o poder estatal ao máximo, com bem definidas competências políticas, territoriais etc., com um olhar para dentro, de sorte a evitar o pluralismo típico da época feudal, de descentralização do poder, mantendo a unidade deste no governo, no novo milênio, a globalização impõe uma atitude radicalmente oposta, ou seja, a proliferação de novos entes, não-governamentais ou supra-estatais, que force uma mudança na condução das políticas estatais, até então concentradas, exclusivamente, nos interesses intrafronteiras, frente à quase inexistência dessas fronteiras em vários setores, em especial, no econômico-financeiro.

E essa situação obriga os atores políticos, sociais etc. a pensar e a repensar a globalização, na sua significação econômica (capital-trabalho), sua significação política (esferas de poder-autoridade) e social (cidadania-marginalização), ao considerar o Estado e definir qual Estado a implementar.

Vivemos, sem dúvida, em um mundo que está em constante transformação devido aos processos de globalização. Atualmente, cada vez mais pessoas, de diferentes culturas e origens, se encontram conectadas umas às outras em diferentes níveis, e a conceituação de

globalização deve ser sensível às mudanças históricas e aos variados impactos políticos dessas mudanças. É fácil exagerar a extensão da influência da globalização sobre os sinais do “fim dos Estados Nacionais”. Os processos de globalização não devem ser compreendidos como responsáveis pelo total colapso do sistema de Estados e nem a emergência de uma sociedade global.⁴²⁹

Se a globalização é responsável pela prática deturpada de Democracia ao analisar a idéia, destarte, por muitos sustentada, de que a globalização diminui a margem de escolhas políticas dos Estados, ou seja, restringe aos governos e aos cidadãos a possibilidade ou a habilidade de decidir, por meio de processos democráticos, as políticas públicas a serem implementadas, tornando desta forma, os processos democráticos impotentes, acredita, Przeworski, não ser ela a responsável por tal estado de coisas, mas, sim, o sistema capitalista.⁴³⁰

Suponhamos que certos Estados nacionais tenham alguma margem de escolha sobre que políticas públicas desejam implementar; então, o questionamento a ser feito é se a interdependência econômica reduz a criação ou defesa de diferentes políticas públicas propostas pelos variados partidos políticos que representam diversos interesses. Pode ser que o capitalismo, e não a globalização, force diferentes Estados soberanos e seus partidos a perseguir políticas públicas similares.⁴³¹

Mas isto não é o final da história, pois Políticas nacionais podem ser opções voluntárias coordenadas em nível internacional ou impostas de fora independentemente das condições específicas do país. Ao criar opiniões públicas generalizadas sobre quais são as melhores Políticas ou impondo condições ao investimento e ao financiamento, ou auxílio para determinadas Políticas sociais, atores estrangeiros podem tanto alterar as preferências dos votantes decisivos ou inserir lacunas entre as preferências dos eleitores menos informados e dos governantes melhor informados.⁴³²

⁴²⁹ HELD, David. **Democracy and globalization**. p. 2 Disponível em: <<http://www.zmk.uni-freiburg.de/ss2000/texts/held.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2005.

⁴³⁰ PRZEWORSKI, Adam. Globalization and democracy. In: **Conference on Globalization and Egalitarian redistribution**, New York University and CEACS, Instituto Juan March, Santa Fe Institute, p. 1-2, May 16-19, 2002.

⁴³¹ Ibid., p. 1-2.

⁴³² Ibid., p. 2.

Held também sustenta que a globalização difere de importância entre os indivíduos, grupos e países. O impacto dos variados fluxos globais, como, por exemplo, as políticas econômicas, alteram, significativamente, dependendo se estivermos falando dos EUA, do Peru ou da Espanha, da mesma forma que as elites do mundo político, do Direito, da Economia, da Ciência etc. lidam de forma absolutamente normal com os fluxos da globalização e com as facilidades criadas pelo desenvolvimento social, em claro contraste com grupos de pessoas ou indivíduos que moram na África ou nos países com grandes concentrações urbanas marginalizadas. Não que a globalização não os afete; o que acontece é que os processos de integração, informação e de acesso são desiguais, diferenciando-os das elites que dominam a ordem global.⁴³³

Por todas essas questões, em especial, pelas interferências do capital ou da globalização, alternativas como a proposta por Bonavides, de regionalização, talvez auxiliem para alterar o padrão centralizador e definir soluções mais regionalizadas dos problemas sócio-econômicos da população e uma maior conscientização política da mesma, ainda mais em um país com a nossa dimensão geográfica e com tamanha diferenciação sócio-econômica.⁴³⁴

Sem embargo, como alternativa, poder-se-ia falar em uma descentralização maior na busca da concretização da Democracia social, reconhecendo no Município, por exemplo, uma instância de representação política altamente legitimada, porque o governo municipal é aquele que está mais próximo da escala do cidadão. Em termos ideais, o poder local está mais capacitado para o exercício de uma determinada função e atender certas demandas, julgando de forma mais precisa o que é prioritário, conseguindo, assim, eleger soluções mais adequadas para situações específicas, além de ter maiores meios de mobilizar as comunidades na implementação de políticas e projetos.

⁴³³ HELD, David. **Democracy and globalization**. p. 3 Disponível em: <<http://www.zmk.uni-freiburg.de/ss2000/texts/held.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2005.

⁴³⁴ Paulo Bonavides sustenta ser a regionalização do país peça chave e básica de nosso sistema federativo. Segundo o autor “ A região como entidade constitucional, administrativamente já faz parte da Constituição, posto que, pelo prisma político e normativo, ainda não faça parte da federação em termos formais. Mas para alcançar essa dimensão abrem-se duas artérias: a via judicial, isto é, dos Tribunais, interpretando a Constituição, e a via legislativa constituinte, a do Congresso legislando dentro da própria Carta Magna, por meio de emenda, a criação de Regiões autônomas”. BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no Federalismo das Regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 345.

O modelo de federação estabelecido em nosso país permanece sendo extremamente concentrado. Talvez, a concretização de um federalismo cooperativo, e o consequente fortalecimento do direito emanado dos Estados, fosse condição imprescindível para o equilíbrio das forças entre o global e o local, para contrabalançar o enfraquecimento do direito nacional e as consequências negativas da globalização econômica. Reside aí, na força do direito local (Estados e Municípios), a sobrevivência do Estado Social, a grande aventura da modernidade solidária do século XXI.

Nesse sentido, entendemos e acreditamos que a cultura democrática e globalizante institucionalizada, que atua perversamente em todos os meios da sociedade, contribui, significativamente para a descrença e desmotivação da população na possibilidade de avanços positivos e concretos de uma sociedade mais justa e solidária.

Este desvio democrático e global não permite, ou pelo menos, acentua as dificuldades de implantação e de exercício de uma Democracia concreta, constituindo-se em mecanismo de fragilização e de desvio de implementação de um Estado Democrático de Direito fortalecido, mais contundente, o que se reflete na atuação da Jurisdição Constitucional.

Conforme as novas entidades globais ou regionais forem ocupando os espaços antes de atuação do Estado (*step into the shoes of the state*)⁴³⁵- tendência atual-, este irá retroceder no seu papel que ficará cada vez mais fragmentado. Mas, não podemos nos esquecer que a existência do “Estado” ou de uma instância de “autoridade superior” é, sob o ponto de vista das classes dominantes, indispensável para a sua própria manutenção, sem o que elas perderiam sua fonte de exercício de dominação.

Assim, as crises do Estado afetam a sociedade, a partir do momento em que os pressupostos antes tidos como requisitos básicos do modelo sustentado desaparecem. A sociedade passa a exigir uma revisão nas práticas decisórias que anteriormente eram compreendidas como suficientes para a sustentação do modelo democrático imaginado na modernidade.

⁴³⁵ Assumindo atribuições antes reservadas aos Estados.

Sem dúvida, as circunstâncias atuais determinam e direcionam uma modificação na estrutura de tomada de decisões e na própria estrutura de poder, dos Estados, das novas instituições não-estatais, das próprias instituições supra-estatais, em especial, quando considerado o desenvolvimento tecnológico, da ciência, em muito acelerado no último século, que modificou a forma de desenvolvimento das bases sociais. E essa realidade nos traz uma gama de relações independentes de (ou ainda sem) qualquer possibilidade de controle, proteção ou defesa estatal, obrigando o re-questionamento do papel do Estado nessa era global.

De qualquer sorte, ainda que admitidos vários *loci* de poder, descentralizando as decisões referente aos interesses da sociedade, a Instituição Estado precisa ser remodelada, reconsiderando a sua atuação, sem abrir mão de sua soberania, ainda que relativizada pelas necessidades de adaptação à realidade global.

A política global não está mais, na atualidade, ancorada em termos geopolíticos tradicionais, mas, sim, numa variedade de questões, desde as econômicas até as ecológicas. Poluição, drogas, terrorismo, direitos humanos, entre outros temas, estão em voga nas discussões das políticas transnacionais que, exatamente por sua natureza, ultrapassam a Jurisdição interna dos Estados, e reclamando alinhamentos de políticas entre os Estados, exigindo, igualmente, cooperação para soluções efetivas. Portanto, cooperação parece-nos ser a palavra chave para este século.

Nesse processo cooperativo, pode-se tentar recuperar vários conceitos, como o de Cidadania, Democracia, Moralidade, Ética, solidariedade, responsabilidade social, e transportá-los para a realidade da sociedade contemporânea.

O que é necessário e o que é supérfluo evidenciam as mutações sofridas pelo Estado e a influência capitalista neoliberal. A sociedade contemporânea está de tal sorte conectada com o consumo, com o modo capitalista de vida, e da concepção efêmera do tempo, que se esqueceu da solidariedade, caminhando para o estado de natureza de Hobbes, onde segundo o pensador, o homem é o lobo do homem.

Concordamos com Bolzan de Moraes, quando afirma que é preciso desenvolver novas formas de comunidade política e novas concepções de cidadania, aprofundando a

Democracia no plano doméstico (abrangendo o Estado e a sociedade civil) e, ao mesmo tempo, impulsionar a ampliação radical de formas e processos democráticos nos âmbitos regional e global.

Precisamos de um Estado transformado e redefinido pela atuação da Sociedade Civil, capaz de se tornar, em suas novas funções, uma instância fundamental para a socialização dos espaços de acesso popular.

Por tais circunstâncias, ainda que a globalização e outras influências tenham afetado o modelo Keynesiano de Estado nacional, permanece central e vital a imprescindibilidade de um Estado reestruturado para um efetivo gerenciamento das emergentes matrizes espaço-temporais do capitalismo e as emergentes formas de “pós” ou transnacionais formas de cidadania.

O incentivo ao desenvolvimento de uma cidadania plena é meta que deve ser proposta e implementada por meio da prática de uma Democracia mais participativa. Devemos acreditar na construção de uma sociedade transformadora de sua condição de marginal para uma sociedade de ponta no atendimento ao cidadão e as implicações decorrentes do conceito de cidadania. Para isso, desempenha um papel extrema relevância a Jurisdição Constitucional.

Com efeito, o tema de casa é árduo e extenso, se pretendermos construir uma sociedade de base democrática com plena cidadania, em um mundo globalizado, mas não é impossível. E a manutenção da autoridade estatal para dar coesão e impor obediência às regras de convivência social, notadamente, se desejarmos uma sociedade mais justa, é fundamental, e neste cenário é prioritário, o papel da Jurisdição Constitucional, apesar das restrições na sua atuação no objetivo de implementação de uma cidadania plena.

4 CONCLUSÃO

Quando optamos pelo tema desta investigação, o fizemos tendo em mente a necessária crítica ao sistema jurídico brasileiro que, obrigatoriamente, teríamos que desenvolver para podermos, ao final, concluir pela necessidade de realizar sérios questionamentos quanto ao paradigma jurídico hermenêutico empregado em nosso país, e uma tomada de posição diferenciada da atividade jurisdicional, para que possa ser possível afirmar o Judiciário como propulsor de mudanças sociais qualitativas à sociedade, apesar dos mecanismos de desvio existentes do sistema.

É com base no contexto retratado nesta investigação e tendo em mente a Constituição brasileira, com seu caráter dirigente e compromissário exercendo importante papel, que entendemos necessárias novas atuações e mudança de paradigmas para todos os atores sociais envolvidos.

A força da atuação da Jurisdição Constitucional se dá na interpretação e na aplicação de normas constitucionais e infraconstitucionais; é onde encontra, o Judiciário, o seu papel entre os demais Poderes do Estado. Na defesa da concretização da Constituição, o Judiciário se sustenta como poder em igualdade aos demais e contribui ativamente na construção de um Estado Democrático de Direito.

Esse posicionamento associado ao contexto das crises do Estado permitiu que desenvolvêssemos a investigação sobre os mecanismos de desvio da Jurisdição Constitucional, e a possibilidade de transposição das hipóteses de desvio de efetividade suscitadas no sistema americano, ao nosso, examinando, primeiramente, o modelo da *Common Law* americano; a estrutura do Judiciário que se assemelha ao nosso sistema; ainda, verificamos a formação do precedente e o tratamento a ele conferido, sendo este algo totalmente diverso do nosso. No sistema estadunidense, em que o precedente é fonte primária do Direito, a sua formação e elaboração é de vital importância para a sociedade, cabendo aos Tribunais, diretamente, a responsabilidade na interpretação da legislação editada e, conseqüentemente, no resultado daquilo que é compreendido como o “Direito” da comunidade.

Mas tal consciência, ou mesmo admissão da importância dos Tribunais e dos juízes no contexto da criação do Direito, nem mesmo naquele sistema é pacífica. Não podemos nos esquecer que também os Estados Unidos da América adota a tripartição de poderes, sistematizada por Montesquieu, e se recente da, às vezes, exagerada intromissão da Suprema Corte no domínio do político, tendo em vista a criação de políticas públicas para a sociedade, e que, segundo opiniões de alguns doutrinadores, nesta investigação citados, usurpa a função dos legisladores.

Demonstramos como é possível desviar da aplicação do precedente mediante a utilização do *distinguishing* pelas Cortes inferiores, fazendo prevalecer, muitas vezes, a posição ideológica do juiz frente ao caso concreto, e não o Direito criado pela Suprema Corte. Igualmente, demonstramos que nem sempre o que vincula ou determina o conteúdo da decisão é a Constituição, mas, sim, o entendimento da Suprema Corte na interpretação da Constituição, a exemplo do que retratamos quando abordamos as várias eras da Suprema Corte.

Os vários *standards* de aplicação no julgamento do caso concreto, associados às várias Teorias de Interpretação Constitucional, construídas e desenvolvidas pela Suprema Corte, contribuem para o seu acentuado papel no referido sistema. Esse papel foi e é, ora voltado, em maior parte, para a garantia dos interesses do Estado/Governo, ora fortemente voltado para a garantia dos direitos individuais, como bem demonstraram momentos diversos da Suprema Corte.

Todas essas atuações, distintas em posições ideológicas, foram acompanhadas pelo desenvolvimento de Teorias de Interpretação Constitucional e *standards* para julgamento, que formam a variada justificação decisional, bem como o acentuado poder de discricionariedade quanto à escolha dos *writs* pela Suprema Corte.

Da investigação realizada acerca da escolha dos *writs*, pode-se afirmar que os *policy goals* ou os objetivos que os *Justices* buscam alcançar com determinada decisão, na seleção dos *cases*, é bem presente; contudo, o impacto das considerações legais contidas nas decisões é critério, também, muito utilizado pela própria noção que os *Justices* têm de sua função e do papel da Suprema Corte na sociedade.

O processo de seleção dos *writs*, absolutamente discricionário, como demonstrado, parece excessivo, se vinculado a uma concepção de Estado de Direito; entretanto, assim

também poderíamos discutir a própria idéia de discricionariedade da Corte na criação dos *testes ou standards* aplicáveis aos julgamentos ou as Teorias de Interpretação. A questão é definir qual o papel que deve ter a Suprema Corte do país dentro do seu sistema legal. Nos posicionamos, em particular, concordando com a discricionariedade na escolha dos *cases* pelas Cortes Constitucionais, entendendo que o seu papel não é o de ser mais uma instância de revisão das decisões judiciais, mas, sim, de intérprete última da Constituição, dando efetividade ao princípio da supremacia da Constituição.

Como intérprete da Constituição, a Suprema Corte desenvolve atividade de maior importância para a sociedade e, nesse sentido, a confiabilidade da sociedade na habilidade da Corte de emitir decisões justas e imparciais é tão fundamental quanto as próprias decisões serem acertadas. Como resultado desse enorme poder é vital que a noção que a sociedade tenha da Corte e de suas decisões é que estas são legítimas, isto em qualquer sistema.

Sem embargo, desde o início da história da Suprema Corte sua atuação, na maior parte do tempo, foi alinhada com o poder político dominante. Poucos foram os momentos que podem ser destacados em que a Corte enfrentou sistematicamente os demais Poderes da União.

Impõe-se ressaltar que todas as diferentes “Eras” da Corte, no desenvolvimento de seu trabalho, não se deram isoladamente; ao contrário, acompanharam as modificações sociais que se impunham. A Suprema Corte é peça fundamental no cenário político da Nação e tende a cooperar com as forças dominantes do seu tempo.

Ademais, é importante considerar que as mudanças ocorridas nos posicionamentos da Corte, de liberal para conservadora, e vice-versa, ou *from activist to self-restraint*, não são acidentais e resultam, em grande parte, das mudanças na sua composição, dos novos juízes que chegam a ela, escolhidos pelos Presidentes que ascendem ao Poder e, também, influenciadas pelos *cases* que aportam na Corte, movidos por forças externas a ela, possibilitando a modificação e a construção de novas Teorias de Interpretação ao caso concreto.

Vimos, também, em linhas gerais, o quanto a concepção de *structural Constitution* e a concepção de direitos negativos desenvolvida pela Suprema Corte podem limitar a interpretação constitucional e atuar de forma negativa na garantia de direitos sociais e

econômicos, reclamados pela sociedade, ao passo que a interpretação judicial possibilita a correção da ausência destes direitos da Constituição.

Decorre dessa postura acentuado debate sobre a interpretação desenvolvida pelas Cortes Estaduais que, em determinadas situações, desviam da doutrina federal, buscando implementar, nos Estados, enquanto unidades da Federação, direitos sociais e econômicos, dando efetividade às suas Constituições. Os exemplos colacionados demonstraram o trabalho das Cortes na interpretação destas normas, na criação do Direito do caso concreto, no *judge made law*, onde se verifica a relevância da interpretação constitucional e a importância da Jurisdição Constitucional como instrumento de mudanças sociais, na implementação de direitos sociais, especialmente no controle difuso, como o exercido no sistema americano, haurindo direitos prestacionais das normas constitucionais, ainda que de natureza negativa.

O fato é que o desenvolvimento de uma Teoria de Interpretação Constitucional está afeta a diferentes interesses ou pontos de vistas de diferentes áreas das ciências humanas ou sociais. Questões como Filosofia Moral, Literatura, Teoria Política, análise econômica, História, enfim, toda uma gama de concepções entra em questionamento na construção de tal teoria. E o papel da Corte Constitucional passa a ser de extrema importância na condução e no desenvolvimento destas concepções.

A grande questão que fica em aberto é dizer até que ponto as várias interpretações constitucionais, a doutrina do precedente, o *stare decisis*, a *Judicial Review* e as variadas atuações da Corte, ora mais, ora menos, ativista, mais aderente ao texto constitucional com interpretação ligada ao *original intend*, ou às intenções dos *Framers*, ou a adoção da *living constitution theory*, auxiliam na construção de um sistema jurídico mais efetivo, ou, ainda, de um Judiciário mais eficiente e transformador da realidade social.

Permanece sem uma resposta de consenso afirmar até que ponto as várias Teorias de Interpretação Constitucional, ou a aderência a um modelo de interpretação e não a outro - pode, também, servir de instrumento de desvio de efetividade das decisões judiciais como debatido no contexto americano, ante o acentuado dualismo ideológico existente.

E nesse sentido, entende-se que o papel das Teorias Constitucionais está exatamente em exercitar a justificação das decisões, ou seja, deve responder questões constitucionais e,

igualmente, justificar e explicar determinados princípios ou grupo de princípios, e como estes devem ser utilizados na fundamentação das decisões, no sentido de alcançar a efetividade desejada com a devida legitimidade.

E assim deve ser, porquanto, o poder da Corte Suprema somente poderá ser legitimado, quando ela puder demonstrar, com opiniões devidamente justificadas e fundamentadas em uma teoria validamente derivada da Constituição, em respeito às maiorias e minorias. Se a Corte não puder defender sua decisão em uma teoria derivada da Constituição, ela estará fazendo nada mais do que impor a sua própria escolha de valores.

A consequência da ausência de uma justificação e uma fundamentação mais orientada sob princípios, bem como na sua interpretação, é o que descrevemos como o que hoje acontece com várias das decisões da *Warren Court* que são *overruled*. Às vezes, a *result oriented strategy* pode ser fundamental no momento da decisão, mas, *on long-term*, mostrar-se fragilizada e discutível quanto à legitimidade; daí resultar crucial a estrutura coerente da decisão, com argumentos persuasivos formada a partir da tradição e dos princípios constitucionais.

Essa formatação decisional deve ser observada, igualmente, em nosso sistema, onde, muitas vezes, a ausência de justificação e de fundamentação retira da decisão o respeito necessário e o convencimento da comunidade jurídica e da sociedade, para que a mesma seja aplicada e obedecida, o que demonstra a importância da fundamentação e justificação decisional, pois, mesmo num ambiente de dirigismo constitucional, se a comunidade jurídica não desenvolver apropriada adjudicação, a decisão não convencerá a comunidade.

Assim, as várias Teorias de Interpretação Constitucional devem servir não somente de orientação na construção do Direito, mas, igualmente, no desenvolvimento de um sistema preocupado na concretização do Direito; com a efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos; com a implementação das decisões das Cortes, dessa forma, cumprindo com o papel do Judiciário esperado pelo cidadão na efetiva realização dos direitos e propulsor de mudanças sociais.

É possível sustentar essa posição a partir da análise dos vários fatores que interferem na atuação mais efetiva do Judiciário na implementação de direitos sociais. Vimos no subcapítulo 2.3, a importância vital da interpretação constitucional feita pela *interpreting*

population na efetividade do Judiciário, na legitimidade e na sua integridade perante a sociedade, sendo indiscutível a função do juiz como intérprete da Constituição.

Por tal razão, a interpretação dada, no sistema americano, às normas constitucionais e, também, à Teoria da Separação dos Poderes, com a supremacia da Constituição, é fator importante de otimização no papel do Judiciário como propulsor de mudanças sociais.

E é, certamente, na unidade de interpretação que a Suprema Corte fixa, nos poderes conferidos ao juiz, nos instrumentos de coerção para a implementação das decisões e na compreensão, pela população, da sua legitimidade para tal, que reside, conforme identificamos, o maior fator de estabilidade jurídica do sistema americano. Apesar de toda a flexibilidade que demonstramos existir naquele sistema - que convive com mecanismos legais que permitem ao juiz a desvinculação do precedente firmado pela Suprema Corte -, e vários foram os *cases* trazidos à baila, ainda assim, o Judiciário recebe um crédito enorme de sua comunidade, e isso faz toda diferença em termos de efetividade jurisdicional.

No caso da Suprema Corte americana, ela é, sem dúvida alguma, respeitada por sua população e é vista como a guardiã dos seus direitos constitucionais. Há quem diga que a Suprema Corte possui um enorme poder, até maior do que a dos outros Poderes da Nação, mas que se trata de um especial poder: “o poder da opinião pública”, esta, sim, a maior mola propulsora de modificações sociais.

Buscamos ressaltar as hipóteses de desvio de efetividade suscitadas por cientistas políticos americanos, como a pesquisa realizada por Rosenberg da *Constraint Court view* e *Dynamic Court view*, também, a pesquisa realizada por Canon & Johnson, que trata do papel dos vários atores sociais na implementação das decisões judiciais, e, quando possível, corroborar com a posição de outros doutrinadores que concordam, ou não, com a realidade retratada pelos autores sobre a possibilidade do Judiciário ser propulsor de mudanças sociais qualitativas à sociedade.

Ainda, foi dado enfoque aos mecanismos de otimização presentes no sistema, que auxiliam na maior e mais ágil implementação das decisões judiciais, dando efetividade à Jurisdição, como demonstram os exemplos de utilização dos *Masters* nos casos de reforma do sistema prisional e os casos de dessegregação das escolas.

A investigação do sistema americano permitiu que desenvolvêssemos o tema dos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional. Mas, para que fosse possível tal desenvolvimento, partimos do pressuposto conhecimento de crise do Estado contemporâneo. O conhecimento prévio do “status quo” do Estado, do Constitucionalismo, do papel das Cartas Dirigentes e da atuação da Jurisdição Constitucional, permitiu os questionamentos que enfrentamos no capítulo atinente aos mecanismos de desvio.

Nosso propósito foi, especialmente, o de retratar os mecanismos de desvio existentes no sistema americano e responder em que medida seria possível transpor essa noção ao nosso sistema, seguindo as análises empreendidas pelos cientistas políticos americanos.

A investigação foi conduzida com base em um consenso doutrinário e, no possível, amparada em dados empíricos que demonstraram a existência daqueles mecanismos e as possibilidades de sua superação. Acreditamos ter alcançado nosso objetivo, apesar das diferenças existentes entre os sistemas pesquisados e a ausência de maiores dados empíricos disponíveis no nosso sistema.

Como verificamos, alguns mecanismos identificados no capítulo que tratou da Jurisdição americana são distintos, outros, idênticos ao nosso. Perquirimos especificamente quanto à possibilidade de transposição das hipóteses construídas por Rosenberg na *Constrained Court view*, e concluímos que, ainda que distintos os sistemas, principalmente pela ausência de vinculação ao precedente, é possível a transposição das hipóteses, bem como a construção da noção de mecanismos de desvio no nosso sistema.

A transposição das hipóteses foi possível, na medida em que o nosso sistema torna-se cada vez mais híbrido no tocante à influência da jurisprudência na justificação decisional, o cada vez maior exercício do controle de constitucionalidade difuso e abstrato, e com a chamada “jurisprudencialização do direito”, que permite a utilização de técnicas similares na investigação das decisões judiciais. A utilização dos *sites* de jurisprudência auxiliou no exame da presença, ou não, dos mecanismos de desvio que apontamos no capítulo terceiro, corroborando, sobremaneira, nas conclusões lançadas.

Igualmente, importante para o alcance de nosso objetivo, foi o exame do exercício do controle difuso e concreto de constitucionalidade, e da atuação do nosso Supremo Tribunal

Federal, que vem, paulatinamente, mais se identificando com a Suprema Corte americana, inclusive, já em algumas situações, definindo políticas públicas como demonstram os exemplos dos Mandados de Injunção e outras decisões polêmicas citadas.

Então, da investigação realizada, foi possível concluir sobre a importância dos atores sociais, em especial, da *interpreting population*, na linha desenvolvida por Canon & Johnson, quando em questão as *Constraints* identificadas por Rosenberg, para as necessárias mudanças de atuação do Judiciário.

Na *Constraint I* que trata da natureza das normas Constitucionais e do quanto a interpretação dessas normas influencia na maior ou menor efetividade da Jurisdição e na implementação das decisões, as conclusões encontradas nos permitem afirmar que é necessário superar o modelo liberal-individualista, ligado ao positivismo e à interpretação limitadora dos direitos constitucionais, em especial, das normas programáticas, pela sua relevância na realização do Direito em qualquer sociedade, e a compreensão da Constituição como documento fundante não só do Estado, mas, também, como vinculante de todos os poderes públicos na efetivação das políticas nela inseridas.

Se não houver a compreensão da nova pauta institucional prevista na Constituição para o Poder Judiciário, não será possível superar essa visão que denominamos de mecanismos de desvio de efetividade da própria Jurisdição.

Por essa razão, a noção de limitação dos direitos constitucionalmente tutelados, lançada por Rosenberg na *Constraint I*, pode ser aplicada ao nosso sistema, ainda que na análise por ele empreendida - que tem por base o sistema americano -, a justificativa seja a ausência de previsão expressa de direitos sociais na Constituição e a noção jurídica de uma Constituição estrutural e de direitos negativos, estando a maioria dos direitos ligados ao *Welfare State*, regulados pelo Legislativo, diversa da nossa.

Não defendemos a substituição de critérios objetivos pela opinião subjetiva e pessoal dos juízes, quando na atividade judicial. E deixamos isso bem claro, quando nos posicionamos sobre a necessidade da completa justificação/fundamentação das sentenças. O juiz, ao desempenhar a prestação jurisdicional esperada, deve orientar-se pelos valores que inspiram todo o ordenamento jurídico, levando em conta não somente os textos legais, mas,

principalmente, os princípios que norteiam o sistema jurídico, em especial, para desempenhar uma interpretação razoável, portanto, não arbitrária, na solução do caso concreto.

Como dissemos, a influência dos atores sociais é tão sentida no nosso sistema como no sistema americano. A ausência de vinculação ao precedente no nosso sistema permite que o meio jurídico não se detenha de forma tão minuciosa a todo o conteúdo do julgado. A maneira como as decisões são redigidas, muitas vezes sem a devida fundamentação, provoca o elevado dualismo existente na forma de decidir e o alto grau de desrespeito às decisões: recorre-se de tudo e um dos motivos é justamente o jurisdicionado não se convencer dos argumentos judiciais que levaram à opção de uma tese em detrimento da outra, exatamente, pela falta de argumentos que convençam a população da razoabilidade da decisão.

O que faz com que a comunidade jurídica não se sinta convencida a seguir a doutrina formada pelas decisões emanadas da nossa Corte Suprema, estimulando constantes questionamentos, com a infundável interposição de recursos, o que, no Brasil, se busca resolver com a introdução, no sistema, das Súmulas vinculantes que, a nosso juízo, afetam diretamente a interpretação das normas constitucionais.

Como acima afirmado, acompanha o mesmo movimento de jurisprudencialização do Direito, a tentativa de fechamento das possibilidades de interpretação do magistrado, ao serem instituídas, no sistema, as Súmulas vinculantes, o que entendemos equivocado, a par de constituir um dos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional, por engessar o processo hermenêutico jurisdicional.

É por meio de uma aplicação coerente da jurisprudência que podemos realizar os valores de igualdade, de coerência e de continuidade do ordenamento jurídico, mediante a inserção da decisão singular em um contexto muito mais amplo, e não de mera aplicação de um enunciado abstrato, criado a partir de contextos distintos como ocorre com as Súmulas fragilizando a atuação dos magistrados das instâncias inferiores.

Quando traçamos os paralelos com a *Constraint II*, verificamos o que Rosenberg definiu como os limites na independência judicial, ou seja, *the institutional factor*. Afirmou, o autor, que o Judiciário necessita dos demais Poderes e do apoio das elites e demais grupos sociais para ser efetivo propulsor de mudanças sociais, sendo essa dependência fator de

fragilização da Jurisdição. A partir dessa hipótese, questionamos o papel da influência da Teoria da Separação dos Poderes no nosso sistema e apontamos o quanto ela afeta a atuação do Judiciário na sua posição de “Poder de Estado”, quando em relação com os demais Poderes, o que se evidencia pelo comportamento da jurisprudência dos nossos Tribunais, no que respeita ao mérito administrativo, a deferência à discricionariedade do Legislativo, entre outros pontos focados.

Efetivamente, da análise da jurisprudência colacionada dos nossos Tribunais, e da posição defendida por vários doutrinadores citados, podemos afirmar que o Poder Judiciário se ressentiu de maior independência dos demais Poderes e, ainda, dizer o quanto o nosso Judiciário não assumiu, em determinadas circunstâncias, um papel mais ativo na condução de diretrizes que importem num deslocamento de poder ante a inércia dos demais Poderes.

Tal análise, associada às *Constraint II e III*, em que Rosenberg desenvolveu a hipótese de que o Judiciário não possui a necessária independência para a concretização das políticas públicas e carece dos instrumentos necessários para implementar as suas decisões, verificamos o quanto a crise dos recursos financeiros do Estado afetam a atuação da Jurisdição, a ponto de se afirmar que, à semelhança do que ocorre no sistema americano, o Poder Judiciário brasileiro acaba fragilizado na sua atuação por não ter, à sua disposição, os instrumentos necessários para o desenvolvimento de políticas públicas, a principiar, pela escassez dos recursos financeiros (crise fiscal-estrutural) e de pessoal, necessitando dos demais Poderes para a implementação de suas decisões.

A jurisprudência colacionada nos subcapítulos atinentes aos mecanismos II e III evidenciada a dualidade hermenêutica existente na posição das Cortes brasileiras e o uso, em determinadas circunstâncias, tanto do “Dogma” da Separação de Poderes, como a Teoria da Reserva do Possível (leia-se limitação orçamentária), que acabam por servir de mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional, confirmando as hipóteses suscitadas.

A escassez de recursos financeiros e a falta de controle quanto à aplicação destes, desafia os operadores do Direito, em especial, o Judiciário, no seu poder-dever de não apenas reconhecer, mas de garantir a concretização desses Direitos. Entretanto, a situação de crise do Estado não pode servir de eterno argumento para a não-realização dos direitos sociais previstos na Constituição, pois o Judiciário como o último intérprete da Constituição deve

determinar o conteúdo desses direitos ou de, ao menos, o mínimo existencial que garanta a dignidade humana, ainda que, casuisticamente.

Nesse contexto a jurisprudência examinada também demonstra que já há o reconhecimento cada vez mais acentuado de que a “reserva do possível” não é aplicável no que tange ao atendimento do direito à saúde. Entretanto, ainda que essa seja a tendência, podem, igualmente, ser localizadas jurisprudências em sentido contrário, quando do exame ao caso concreto, não reconhecendo uma responsabilidade absoluta e ilimitada por parte do Estado, em questões semelhantes, em especial, quando podem causar agravamento no orçamento da saúde de determinado ente público.

Tal quadro confirma o argumento de que a crise fiscal do Estado serve de mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional; por outro lado, igualmente, demonstra que o argumento da “reserva do possível” é resultado em determinadas situações de opções equivocadas dos Poderes Executivo e Legislativo que se entendem, na maior parte das vezes, não adstritos à prioridade de implementação das diretrizes constitucionais, apesar da vinculação mínima estabelecida na Constituição Federal, além da vinculação as receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social.

Necessárias, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, com o devido direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, basta que se utilizem os instrumentos legais existentes, no que o Judiciário pode ser auxiliado com a contribuição efetiva de outros atores sociais, como, por exemplo, o Tribunal de Contas, o Ministério Público, Agências Reguladoras etc, no sentido de implementar uma proba e moralmente vinculada administração dos recursos públicos, de sorte que a escassez dos recursos fiscais (a reserva do possível) possa ser superada como mecanismo de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional.

A mudança constitucional pela qual passou o Brasil, ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988, conseqüência de sua evolução política, no sentido de superar o modelo autoritário até então vigente, buscando a prática de uma Democracia e de um Estado Democrático de Direito que realmente atenda à dignidade humana, requer uma concepção diferenciada do que seja “segurança”, “igualdade”, “justiça”, “liberdade”, para que tais valores sejam efetivos na promoção dessa mesma dignidade.

Como já salientado, é crescente a importância de se vislumbrar no Poder Judiciário um Poder do Estado mais efetivo, alterando a concepção conservadora e rígida da Doutrina da Separação dos Poderes, onde o receio do arbítrio e da tirania de um dos Poderes sobre os demais e sobre o cidadão está presente, para uma concepção mais flexibilizada e adequada aos tempos de globalização, o que põe em relevo o papel desse Poder como imprescindível à realização de um Estado Democrático de Direito, reforçando a idéia desenvolvida por Canon & Johnson acerca da importância dos atores sociais.

Ademais, como evidenciou-se bem presente no sistema americano, onde a supremacia da Constituição serve exatamente à defesa contra a tirania das maiorias, estas representadas por fortes *lobbies* no Congresso, a Jurisdição Constitucional, quando declara a inconstitucionalidade de uma norma, não está afrontando o princípio democrático, mas, sim, dando supremacia à soberania popular contida nas normas constitucionais, essas efetivamente, a expressão da soberania de um povo, oriunda do Poder Constituinte Originário. Não há qualquer contra-senso ao princípio democrático; ao contrário, há o resguardo de suas prerrogativas.

Nessa ambiência, por certo, não se pretende repudiar a Doutrina da Separação de Poderes, mas, ao revés, propor a reflexão do quão necessária se faz uma mudança em torno de sua leitura e aplicação, em abandono à concepção ligada ao liberalismo. Formalmente, quase todas as Constituições do país, desde o Império à República, o consagraram nas bases de uma colaboração, que foi apenas de texto, meramente nominal, e sempre desmentida, tanto pela monarquia, (o intervencionismo do poder moderador), como, também, pela República.

Tudo isso evidencia que a ausência de maior independência do Poder Judiciário não é resultado exclusivo da necessária atuação em conjunto dos três Poderes, no desempenho de suas funções, mas, principalmente, pela própria condução do Poder Judiciário na compreensão de seu papel como Poder da Nação e pelas limitações que escolhe se impor.

Como salientado, ainda que as análises tenham partido de dados empíricos diversos, e distintas tradições jurídicas, os fatores suscitados pelos cientistas políticos americanos podem ser aqui localizados, pela cada vez maior, acreditamos, jurisprudencialização do Direito e da cada vez maior atuação do Judiciário na garantia dos direitos constitucionais, a exemplo do que ocorre no sistema americano desde a base até o vértice da pirâmide judiciária.

Entretanto, a questão que envolve a definição do modelo de Judiciário e de Jurisdição Constitucional que gostaríamos de ver praticada está intimamente ligada ao conceito de Estado e do papel do Estado na sociedade contemporânea. Se a Constituição brasileira não pode ser tomada como uma ordem particular de valores é preciso, entretanto, implementar e inscrever os seus princípios em nossa história política.

Entendemos e sustentamos que ao Judiciário se impõe uma conduta ativa e muito mais interventora, ainda que, segundo o posicionamento dominante, tal atuação se configure em um avanço sobre os limites de competência de um dos outros Poderes do Estado. Apoiamos o controle efetivo do cumprimento do orçamento, a eficiência no serviço público e um controle sobre os gastos públicos, com o combate à corrupção e uma tributação mais justa da renda no país como meta da sociedade e de todos os Poderes.

Portanto, se entendido que ao Judiciário não cabe um papel mais ativo na condução das políticas públicas e na garantia dos direitos fundamentais, nenhum conflito se estabelece no sistema. Porém, como vimos afirmando desde o início, nossa proposta compreende exatamente o oposto. É necessária uma tomada de posição distinta da até aqui praticada pela nossa Jurisdição, de sorte que esta, ainda que se cogite de “uma invasão” eventual de esfera de competência de outro Poder, possa garantir a concretização de um direito que não está sendo implementado, segundo as atribuições de outro Poder, omissas na sua função de sorte a otimizar o sistema.

Assim, ainda que incorrendo na problemática da judicialização da Política, é importante, tendo em mente a concretização do Estado Democrático de Direito, que se busque e se pratique, diariamente, a força normativa da Constituição, nem que isto signifique um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Jurisdição Constitucional, como acentuado por Streck.

Nessa mesma linha, acompanhando a posição de Bolzan de Moraes, impõe-se registrar que, para ser possível a realização de valores éticos substanciais constitucionalmente positivados e, intensamente, reclamados pela população, é necessário optar-se por uma outra classificação para as funções do Estado, segmentando-as entre *funções de governo*, que abarcaria as tradicionais funções executiva e legislativa, e *função de garantia*, vinculada à atividade jurisdicional, o que nos (re)conduz à discussão acerca do papel/conteúdo da

Jurisdição no interior de um projeto democrático, alterando o “dogma” da Separação dos Poderes presente no sistema.

A crise política ou de representação, ainda que não considerada pelos cientistas políticos americanos, também desempenha papel relevante na atuação da Jurisdição Constitucional. Nesse sentido, a pesquisa demonstrou que a cultura democrática, a falácia da democracia representativa e a globalização institucionalizada, que atua perversamente em todos os meios da sociedade, contribuem para a descrença e desmotivação da população na possibilidade de avanços positivos e concretos de uma sociedade mais justa e solidária.

Como sustentado, as possibilidades de escolha ficam reduzidas e, praticamente, desaparecem frente ao poder do capital, das elites, e das majorias que estas formam no processo eleitoral. O modelo de democracia representativa nesta sociedade complexa se tornou um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios, pretensões da sociedade, muitas vezes, pela impossibilidade de elegerem-se propostas distintas e que possibilitem reais escolhas pelo cidadão, sobre os rumos que devem ser seguidos pelo poder político para a concretização de uma sociedade mais justa.

Esse desvio democrático e global, se não permite, ao menos acentua as dificuldades de implantação e de exercício de uma Democracia concreta, constituindo-se em mecanismo de fragilização e de desvio de implementação do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de uma Jurisdição Constitucional forte e atuante.

A evolução e o crescimento da sociedade, com suas enormes transformações e, conseqüentemente, maiores necessidades, demonstram a inadequação do modelo atual de representação democrática. Não podemos nos esquecer que a crise da Democracia representativa contribui para a crise estrutural do Estado, que desenvolve políticas clientelistas, assistencialistas, que criam um cidadão dependente, em vez de efetivos programas sociais e de estímulo à autonomia das pessoas, respeito à sua dignidade, impondo-se como forma de superação desse mecanismo de desvio o desenvolvendo de instrumentos de *accountability* e uma ampla Democracia participativa que, conseqüentemente, refletirá num Judiciário mais consentâneo com o desenvolvimento da sociedade.

Pretende-se, assim, afirmar a importância da Jurisdição Constitucional, sem, entretanto, descuidar dos vários entraves a uma mais adequada atuação da Jurisdição Constitucional, em especial, numa Democracia emergente como a brasileira, com os limites de legitimação democrática daí decorrentes, como forma de superar os mecanismos de desvio apontados na presente investigação.

É verdade que postulamos um posicionamento mais “ativo” do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário como um todo, e que entendemos que isso seja vital para a superação dos mecanismos de desvio presentes no sistema, igualmente, para a garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos de um Estado Democrático de Direito, ainda que tal ativismo implique determinar e eventualmente atuar diretamente na implementação de políticas públicas; mas que fique bem claro: isso não o autoriza a dizer o que bem entende, ao interpretar a nossa Constituição. Daí a necessidade de se estar atento ao possível “excesso” de politização do judiciário, o que, certamente, não viria ao encontro das melhorias que precisam ser asseguradas ao cidadão e que podem ser garantidas por este Poder. Afinal, não se preconiza a substituição simples de uma vontade pela outra, o que seria de todo ilegítimo.

Até podemos concordar que, num ambiente “ideal”, o Judiciário não deva “criar ou implementar” políticas públicas e, portanto, ao processo legislativo caberia assegurar ou regulamentar o direito previsto na Constituição. Mas, à evidência, não vivemos num ambiente “ideal”; ao contrário, estamos bem longe disso. E, por tal razão, concordamos com grande parte dos constitucionalistas brasileiros que, para a nossa realidade, ainda é fundamental a noção de Constituição dirigente; que, embora Canotilho possa ter alterado sua tese original, para países de modernidade tardia ou onde nem se realizou o Estado de Bem Estar Social, talvez ela ainda se imponha de forma contundente.

É este o papel que se entende apropriado para os Tribunais e para a Jurisdição como um todo na sociedade do século XXI, na busca da superação dos mecanismos de desvio, sob uma verdadeira responsabilidade de aproximar o homem da realização da cidadania plena, com a efetivação dos direitos fundamentais. Esse papel, ainda que de nítido teor constituinte, porquanto, suas interpretações representam tomadas de decisão dos componentes da Corte, e não dos autores da Constituição, deve ser exercitado, pois as Cortes como um todo, estão afetas à concretização da Constituição e nisso se acha compreendida a definição de sua própria competência.

E no desempenho deste mister, imperioso é demonstrar que o modelo privatista-positivista deve ser abandonado, no sentido de defender uma concepção mais material da Constituição, ligada à idéia de solidariedade social para atingir o objetivo de uma Jurisdição propulsora de mudanças sociais qualitativas à sociedade.

Preconizamos que a juridicização da realidade política não se esgota na Constituição. Ela se concretiza na realidade da prática forense, diuturna, no trabalho das Cortes e dos intérpretes jurídicos, de forma a contribuir para construção da Justiça Social.

Entretanto, o alcance desta Justiça Social não será possível sem o trabalho constante dos operadores do Direito e da sociedade em geral, no sentido de superar as vicissitudes que esta encontra para o atingimento desta meta.

E, portanto, por meio de um real equilíbrio entre os Poderes do Estado, e, em especial, no posicionamento do Judiciário e seu papel de otimizador e adequação das normas, com a utilização, cada vez mais freqüente, do princípio da proporcionalidade, realizando a própria idéia do Direito, chegaremos a um Estado de Direito e Democrático.

O juiz moderno é juiz da sociedade em que vive, do seu tempo, componente fundamental na criação e no desenvolvimento do Direito, conclusão esta inarredável. Este deve compreender a sua importância no contexto jurídico atual como intérprete do direito. Conseqüentemente, esperamos que o benefício do debate realizado seja a compreensão da necessidade de mudanças, principalmente de paradigmas, permitindo-se a evolução do Direito por meio da alteração do paradigma hermenêutico trabalhado.

Esperamos, com a pesquisa, ter alcançado o objetivo de transpor para o nosso sistema as análises quanto aos mecanismos de desvio de efetividade da Jurisdição Constitucional, ainda que não exaustivamente, e salientar a necessária alteração da compreensão do papel da Jurisdição como meio de otimização de sua efetividade, bem como as necessárias mudanças no sentido comum teórico dos juristas, afirmando-se, uma nova visão do papel do Estado, da Jurisdição e de todo esse fenômeno, para podermos afirmar o Judiciário como propulsor de mudanças qualitativas à sociedade.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henry J. **The judiciary, the Supreme Court in the governmental process**. 10th ed. New York: University Press, 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; MELO, Danielle, Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do Direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e Direitos fundamentais constitucionais no Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 73, 1971.

BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional analysis**. 2nd ed. Minnesota: Thomson/West, 2003.

BANKS, Christopher P.; GREEN, John C. **Superintending democracy**: the courts and the political process. Ohio, USA: The University of Akron Press, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

BAUM, Lawrence. Case selection and decisionmaking in the U.S. Supreme Court. **Law and Society Review**, USA, n. 27, 1993.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lênio Luiz; MORAES, Jose Luiz Bolzan de (Org.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BICKEL, Alexander M. **Politics and the Warren Court**. New York: Harper & Row Publishers, 1965.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos Direitos sociais. **Revista de Doutrina da 4ª. Região**, Porto Alegre, jun. 2004.

BITTENCOURT, Lucio. O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 91 e segs. In: STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6th ed. USA: West publishing, 1998.

BLACK, Ryan. EPSTEIN, Lee. Recusals and the "problem" of an equally divided Supreme Court. **7 Journal of Appellate Practice and process 75**, USA, Spring, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da Política**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BOBBITT, Philip. Is Law Politics? **41Stanford Law Review 1233**, USA, May, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BURTON, Harold H. *Maurbury v. Madison: The Cornerstone of Constitutional Law*. In: CHOPPER, Jesse H. (Ed.). **The Supreme Court and its justices**. Chicago: American Bar Association, 1987. Capítulo 1, p. 21.

CANON, Bradley C.; JOHNSON, Charles A. **Judicial policies, implementation and impact**. 2nd ed. Washington: Congressional Quarterly, 1999.

CANOTILHO, J.J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. A principalização da jurisprudência através da Constituição. Estudos em homenagem ao Ministro Salvio de Figueiredo Teixeira. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, ano 25, n. 98, p. 83-9, abr./jun. 2000.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

_____. A expansão e o significado do controle Judiciário das leis no mundo contemporâneo. Traduzido por Rubem Nogueira. **Bahia Forense**, Salvador, v. 29, p. 20-9, jan./dez. 1988.

_____. **Juízes irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nelle società contemporanee. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, ano 17, n. 68, p. 47-54, out./dez. 1992.

_____. **Juízes legisladores?** Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. **Processo, ideologias, sociedad**. Traducido por Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, [19--?].

CARDOZO, Benjamin N. **Natureza do processo e a evolução do Direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1978.

CHOPER, Jesse H. **The Supreme Court and its Justices**. Chicago: American Bar Association, 1987.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.

_____. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**, [S.l.], n. 9, p. 110, jul./dez, 2001

CLAEYS, Eric R. The limits of empirical political science and the possibilities of living constitution theory for a retrospective on the Rehnquist Court. **47 Saint Louis University Law Journal 737**, USA, 2003.

COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de precedente vinculante do *Common Law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 752, p. 11-21, jun. 1998.

COLLINS JR., Paul M. Friends of the Court: examining the influence of amicus curiae participation in U.S. Supreme Court litigation. **38 Law & Society Review 807**, USA, Dec., 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 750, abr. 1998.

COX, Archibald. **The role of the Supreme Court in American Government**. New York: Oxford University Press, 1977.

CREVELD, Martin Van. **The rise and decline of the State**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

_____. **The fate of the state**. 1996. Disponível em: <<http://www.d-n-i.net/creveld/archive.htm>>. Acesso em: 27 maio 2005.

CROSS, Frank B. The Error of positive Rights. **48 University of California Law Review 857**, USA, Apr., 2001.

CURRIE, David P. **Federal Jurisdiction** 3rd ed. St. Paul, MN: West Publishing, 1990.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionalidade em políticas públicas**: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2007.

DALLMAYR, Fred (Org.); SOUZA, Jessé. **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea em: "para além da democracia fugidia." Brasília: UNB, 2001.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das Cortes Supremas na América Latina. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 3-12, abr./jun. 1998.

DRUCKER, Peter F. The Global Economy and the Nation-state. **Foreign Affairs**, [S.l.], v. 76, n. 5, 1997. Disponível em: <<http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/drucker.htm>>. Acesso em: 14 out. 2005.

DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **A matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **Law's empire**. Londres: Fontana Press, 1986.

_____. The Judge's new role: should personal convictions count? **Journal of International Criminal Justice**, New York, Apr. 2003.

_____. **Virtude soberana**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justice in robes**. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard University Press, 2006.

_____. **Conferência proferida na Washington University in St. Louis em novembro de 2001**. Disponível em: <<http://www.wulaw.wustl.edu>>. Acesso em: 29 set. 2008.

ELY, John H. **Democracy and distrust**: a theory of Judicial Review. Cambridge: Massachussets, 1980.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The political (science) context of judging. **47 St.Louis University Law Journal 783**, USA, Spring, 2003.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. The role of Constitutional Courts in establishment and maintenance of democratic systems of government. **35 Law and Society Review** 117, USA, 2001

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración del derecho privado**. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FALLON JR., Richard H. **Implementing the Constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do judiciário. **Revista USP. Dossiê do Judiciário**, São Paulo, n. 21, mar./maio, 1994.

_____. O modelo liberal de Direito e Estados. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o Direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: EdUSP, 1988.

_____. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____; LOPES, José Reinaldo de Lima. Pela democratização do Judiciário. **Coleção Seminários**, Rio de Janeiro, n. 7, mar. 1987.

FARNSWORTH, Allan E. **An introduction to the legal system of the United States**. 3 rd ed. New York: Oceana Publications, 1996.

FEELEY, Malcolm M.; SWEARINGEN, Van. The prison conditions cases and the bureaucratisation of american corrections: influences, impacts and implications. **Pace Law Review Spring**, USA, 2004.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FINCK, Danielle E. Judicial review: The United States Supreme Court versus the German Constitutional Court, **20 Boston College International & Comparative Law Review** 123, USA, 1997.

FISS, Owen. A life lived twice, **100 Yale Law Journal 1117**, USA, 1991.

FRIED, Charles. Constitutional Doctrine, **107 Harvard Law Review 1140**, USA, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 3 ed. Madrid: Alianza, 1982.

GARDBAUM, Stephen. **New Deal Constitutionalism and the unshackling of the States**. University of Chicago, Westlaw, Thomson/West, 2006.

GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T.Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory**: a reader. USA: Thomson/West, 2004.

GLENDON, Mary Ann. Rights in the Twentieth-Century Constitutions. **University of Chicago law Review**, Chicago, winter, 1992.

GOLDENBERG, Norman S.; TENEN, Peter (Ed.). **Casenote legal briefs, constitutional law**. USA, Casenotes Publishing, 2001.

GÓMEZ, José Maria. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Realismo e utopia constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. São Paulo: Renovar, 2006.

GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen M. **Constitutional law**. 13. ed. New York: The Foundation Press, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1994.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1 e 2.

HELD, David. **La Democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona, Espanha: Paidós, 1997.

_____. **Global transformations**. Disponível em: <<http://www.polity.co.uk/global/executiv.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2005.

_____. **Democracy and globalization**. Disponível em: <<http://www.zmk.uni-freiburg.de/ss2000/texts/held.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2005.

_____; HALL, Stuart; MCGREW, Tony (Org.) **Modernity and its futures**. Cambridge, UK: The Open University, 1992.

HERSHKOFF, Helen. Positive rights and State Constitution: the limits of federal rationality review. **112 Harvard Law Review 1131**, USA, Apr., 1999.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. Richard Tuck (Org.). São Paulo: Martins Fontes 2003.

HOROWITZ, Donald L. Decreeing organizational change: judicial supervision of public institutions. **Duke Law Journal**, USA, Dec. 1983.

_____. **Constitutional Courts**: opportunities and pitfalls. North Carolina, USA: Duke University North Carolina, Apr. 2003.

_____. **The transformation of american law 1870-1960**: the crisis of legal orthodoxy. New York: Oxford University Press, 1992.

HUNTINGTON, Samuel. The next pattern of conflict. **Foreign affairs**, USA, v. 72, n. 3, Summer, 1993. Disponível em: <<http://www.alamut.com/subj/economics/misc/clash.html>>. Acesso em: 14 out. 2005.

_____. **The clash of civilizations and remaking of world order**. USA: Touchstone Book, 1996.

JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional**: exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JESSOP, Bob. **Capitalism and the capitalist type of state**. Disponível em: <<http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/jessop-future-of-the-capitalist-state.chapter1.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2005.

_____. **Globalization and the national state**. Department of Sociology, Lancaster University. Disponível em: <<http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/jessop-globalization-and-the-national-state.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2005.

_____. **The future of the state in an era of globalization**. Disponível em: <<http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/jessop-pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2005.

KAMISAR. Problems remain 25 years after Gideon decision. **Chicago Daily Law Bulletin**, Chicago, v. 134, n. 54, 18 mar. 1988. col. 28

KAPUSCINSKI. Beyond Gideon 25 years later, the right to counsel is not always assured. **The Los Angeles Daily Journal**, Los Angeles, n. 66, col. 25.

KEARNEY, Joseph D.; MERRIL, Thomas W. The influence of amicus curiae briefs on the Supreme Court, **148 University of Pennsylvania Law Review** 743, USA, 2000.

KECK, Thomas M. **The most activist supreme court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The university of Chicago press, 2004.

KENDE, Mark S. The South African Constitutional Court's embrace of socio-economic rights: a comparative perspective. **Chapman Law Review**, USA, spring 2003.

KROTOSZYNSKI JR, Ronald. J. A Remembrance of things past? reflections on the warren court and the struggle for civil rights. **59 Washington and Lee Law Review** 1055, USA, 2002.

KRIMBEL, Rosemary. Rehearing sua sponte in the U.S. Supreme Court: a procedure for judicial policymaking. **65 Chicago-Kent Law Review** 919, USA, 1989.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme. **Reforma do judiciário**. reflexões sobre as Súmulas vinculantes. São Paulo: Método, 2005.

LASSER, William. **The limits of judicial power**: the Supreme Court in american politics. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Humanos no Brasil**: desafios à Democracia. Porto Alegre: Livraria do advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997.

LEVINSON, Stanford. The Limited relevance of originalism in the actual performance of legal rules. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, USA, Winter, 1996

_____; BALKIN, Jack M., The processes of constitutional change: From partisan entrenchment to the national surveillance state. **Fordham Law Review**, USA, Nov. 2006.

LEVY. Leonard W; KARST. Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. **Judicial power and the constitution**. New York: MacMillan Publishing, 1990.

McCANN, Michael W. **Rights at work**: pay equity reform and the politics of legal mobilization. Chicago: University of Chicago Press. 1994.

MAC-DONALD, André Baptista Caruso. A positividade no Direito: fontes e modelos segundo Miguel Reale. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 755, set. 1998.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da Política**: duas análises, Luz Nova, 2002, n. 57, citado em 21 de julho de 2006, p. 113-33. Disponível em: <http://test.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-644520002000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 ago. 2008.

MAcNAUGHTON. Jenna. Positive rights in constitutional law: no need to graft, best not to prune. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Pennsylvania, USA, Apr., 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do Direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Traduzido por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-302, nov. 2000.

McKEEVER, Robert J. **Raw judicial power?** The Supreme Court and the American society. 2nd ed. New York: Manchester University Press, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito constitucional. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MERRYMAN, John Henry. The french deviation. **The American Journal of Comparative Law**, USA, v. 45, n. 1, p. 109-19, winter 1996.

_____. **The "civil law" tradition**: an introduction to the legal system of western Europe and Latin America. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press, 1984.

MESSITE, Peter J. A justiça e os juízes nos Estados Unidos. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, ano 24, n. 71, p. 367-73, nov. 1997.

MICHELMAN, Frank. **Democracy and positive liberty**. Disponível em: <<http://www.bostonreview.net/BR21.5michelman.html>>. Acesso em: 28 out. 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. v. 1. (Coleção Os Pensadores)

_____. **O Espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. 4. ed. Melhorada. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Crise do estado, constituição e democracia política: a "realização" da ordem constitucional! E o povo.... In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS; Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 2, p. 91-111, 2005.

_____. A Jurisprudencialização da constituição. Qual a norma contida no texto: o caso das contratações temporárias no serviço público. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS; Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 2, 2005.

_____. et al. A jurisprudencialização da Constituição. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: Mestrado e Doutorado - Unisinos. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; ZANIN, Fabrício Carlos; COPETTI NETO, Alfredo. A democracia dos modernos: crise de representação e novas formas e lugares para as práticas democráticas: relato de pesquisa. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

MURPHY, Walter F.; PRITCHETT, C. Herman. **Courts, judges, and politics: an introduction to the judicial process**. New York: Random House, 1961.

NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. **O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Digesta, escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2.

NEIER, Aryeh. Social and economic rights: a critique. **The Human Rights Brief**, Washington, D.C., v. 13 n. 2, Winter, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Editorial Coimbra, 2004.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 5th ed. Saint. Paul, Minn: West Publishing, 1995. (Hornbook Series).

PERRY JR., H.W. **Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court**. USA: Harvard University Press, 1994.

PHELPS, Glenn A.; GATES, John B. The Myth of jurisprudence: interpretive theory in the constitutional opinions of Justices Rehnquist and Brennan. **31 Santa Clara Law Review 1991**, USA, 2007.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional, um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Editorial Coimbra, 1989.

PIOVESAN; Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, año 8, n. 15, primeiro semestre, 2006. Disponível em: <<http://us.es/araucaria>>. Acesso em: 10 set. 2008.

POSNER, Richard. Theories of Constitution. In: GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T.Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory: a reader**. USA: Thomson/West, 2004.

POWE JR. Lucas A. **The Warren Court and american politics**. Cambridge, Massachussets: The Belknap Press of Harvard Unisversity Press, 2000.

PRZEWORSKI, Adam. Globalization and Democracy. In: **Conference on Globalization and Egalitarian redistribution**, New York University and CEACS, Instituto Juan March, Santa Fe Institute, May 16-19, 2002.

_____. On the design of the state: a principal agent perspective. In: **Um novo Estado para a América latina**. Disponível em: <<http://www.bresser-pereira.acn.br>>. Acesso em: 28 maio 2005.

_____. **Democracia e mercado reformas políticas e econômicas no leste europeu e na América latina**. Traduzido por Vera Pereira. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais, funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra, Editorial Coimbra, 2006.

QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de. **O pensamento político clássico**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1980.

RAPPAPORT, Michael B. It's the O'Connor Court: a brief discussion of some critiques of the renquist court and their implications for administrative law. **Northwestern University Law Review**, USA, v. 99, 2005.

REDGRAVE. Jonathan M. Revisions in federal rule 53 provide new options for using special masters in litigation. **76 New York State Bar Journal 18**, USA, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS; Livraria do Advogado, n. 2, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law e Economics**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UNB, 1997.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope, can courts bring about social change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

RUBIN, Edward L.; FEELEY, Malcolm M. Judicial policy making and litigation against government. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional law**, Pennsylvania, Apr. 2003.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2000.

_____. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre, editora Livraria do Advogado, 2008.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**: Federal Courts and the law. USA: Princeton University Press, 1997.

SCHNAID, David. A interpretação jurídica constitucional (e legal). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, v. 733, p. 24-52, nov. 1996.

SCHWARTZ, Herman. Do economic and social rights belong in a Constitution? **10 American University Journal of International Law and Policy** 1233, USA, Summer 1995.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2002.

SICHES, Luis Recásens. **Introducción al estudio del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1977.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional (até a emenda n.48 de 10.08.2005). São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. A função dos tribunais superiores. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano 4, n. 13, p. 485-98, jul./set. 1999.

_____. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In:_____. **Estudo destinado a integrar o volume em homenagem ao Prof. Augusto Mario Morello**. (No Prelo).

_____. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

SILVA, Sandoval Alves. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. A função dos tribunais superiores. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano 4, n. 13, p. 485-98, jul./set. 1999.

_____. **Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STIGLITZ, Joseph E. **A Globalização e seus malefícios. A promessa não cumprida de benefícios globais**. Tradução Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002.

STRAUSS, David A. **What is constitutional theory?** GARVER, John H.; ALEINIKOFF, T.Alexander; FARBER, Daniel A. (Org.). 5th ed. **Modern constitutional theory: a reader.** USA: Thomson/West, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro, eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito:** mestrado e doutorado - Unisinos. São Leopoldo: EdUnisinos, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? uma resposta a partir do ontological Turn. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito:** mestrado e doutorado. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev.apl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. **Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005.

_____. Verdade e significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, n. 2, 2005.

_____. O efeito vinculante das Súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica,** Porto Alegre, v. 1 n. 3, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: da revisão constitucional de 1993 à reforma do Judiciário (EC 45/04). In: _____ et al. (Coord.). **Comentários à reforma do poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O Problema da confirmação das súmulas atuais: os limites à interpretação do artigo 8º da EC 45/04. In: _____ et al. (Coord.). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Hermenêutica e aplicação do direito; Os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade: o caso da lei dos crimes hediondos In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, anuário. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, n. 3, p. 113-114, 2006.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ et al. (Coord). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

_____. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, p. 2. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 7 out. 2008.

SWEARINGEN, Van, The prison conditions cases and the bureaucratization of american correction: influences, impacts and implications. **Pace Law Review**, Thomson/West, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? University of Chicago Law School. Public Law and legal theory. **Working Paper Series**. Paper n. 36, Jan. 2003. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>> and Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=375622>. Acesso em: 16 de julho de 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET. Ingo Wolfgang; TINN, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOCQUEVILLE, Alex. **A democracia na América livro I leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed. rev. e atual., 2001.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto alegre, editora Livraria do Advogado, 2008.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3rd ed. New York: New York Foundation Press, 2000. v. 1.

TUSHNET, Mark V. Philosophy of language and legal interpretation: a note on the revival of textualism in constitutional theory, **58 Southern California Law Review** 683, USA, 1985.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico, o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1968.

VIANA, Luiz Werneck.(Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo horizonte: UFMG, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal, jurisprudência política**. 2.ed. São Paulo: Malheiro, 2002.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretacion constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

WASBY, Stephen L. **The Supreme Court in the federal system**. USA: Holt, Rinehart and Winston, 1978.

WELLFORD, Robin S. **Legal analysis and writing**. USA: Lexis-Nexis - Eletronic Authors Press, 1997.

WILLIAMS, Richard Hodder. **The politics of the US Supreme Court**. Boston: Georgee Allen & Unwin, 1980.

WOLFE, Christopher. **La transformación de la interpretación constitucional**. Traducido por Maria Gracia Rubio e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos, A magistratura brasileira no século XIX. **Revista**, n. 35 ano 19, p. 3, dez. 1997. Disponível em:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/seq35wolkmwer-magistraturaBSXIX.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2008 .

APÉNDICE A - APPLYING A PRECEDENT – CASE STUDY

414 U.S. 86

ESPINOZA ET VIR v. FARAH MANUFACTURING CO., INC.

SUPREME COURT OF UNITED STATES

November 19, 1973, decided.

Case summary

This case involves interpretation of the phrase “national origin” in Tit.VII of the Civil Rights Act of 1964. Petitioner Cecilia Espinoza is a lawfully admitted resident alien who was born in and remains a citizen of Mexico. She resides in San Antonio, Texas with her husband, a United States citizen.

Mrs. Espinoza sought employment as a seamstress at respondent Farah Manufacturing Co. Her employment application was rejected on the basis of a longstanding company policy against employment of aliens. After exhausting their administrative remedies with the Equal Employment Opportunity Commission, petitioners commenced this suit alleging that respondent had discriminated against Mrs. Espinoza because of her “national origin” in violation of § 703 of Tit. VII. The District Court granted petitioners’ motion for summary judgment, holding that a refusal to hire because of lack of citizenship constitutes discrimination on the basis of “national origin”. The Court of Appeals reversed, concluding that the statutory phrase “national origin” did not embrace citizenship.

The Supreme Court affirmed the Court of Appeals judgment in favor of respondent employer in petitioners’ action under Tit.VII of the Civil Rights Act of 1964 § 703, 42 U.S.C.S. § 2000e-2(a)(1). After interpreting the plain language of the statute and reviewing the statute’s legislative history, the Court concluded that by prohibiting discrimination by private employers on the basis of national origin Congress did not intend to embrace citizenship requirements, especially in light of the government’s longstanding practice of requiring federal employees to be United States citizens. Therefore, respondent’s refusal to hire petitioner wife because of her lack of citizenship did not constitute discrimination on the basis of national origin.

Further, petitioners presented no evidence that respondent used its citizenship test as a pretext to disguise a policy of discrimination or that the citizenship test had the purpose or effect of discriminating on the basis of national origin, particularly where a significant percentage of respondent's employees were United States citizens with Mexican ancestry.

According Shepard's the case is cited in two hundred and fifty five decision from which forty-six decisions received Shepard's treatment seventeen received positive treatment and eight negative.

POSITIVE/FAVORABLE NEGATIVE/UNFAVORABLE

2nd Circuit U.S. District Court Followed

2nd Circuit Court of Appeals cited in dissenting opinion

3rd Circuit U.S. District Court Followed

3rd Circuit Court of Appeals Distinguished

4th Circuit U.S. District Court Followed

4th Circuit Court of Appeals no decision

5th Circuit U.S. District Court Followed and Distinguished

5th Circuit Court of Appeals Followed

6th Circuit Court of Appeals Distinguished

6th Circuit U.S. District Court Distinguished

7th Circuit U.S. District Court Followed

7th Circuit Court of Appeals no decision

8th Circuit U.S. District Court no decision

8th Circuit Court of Appeals no decision

9th Circuit Court of Appeals Limited/ Distinguished

9th circuit U.S. District Court Distinguished

10th Circuit U.S. District Court Followed

10th Circuit Court of Appeals no decision

D.C Circuit U.S District Court Followed

D.C. Circuit Court of Appeals Distinguished

California Court of Appeal Followed

Kentucky Court of Appeal Followed

Considering the table above we can establish some interesting features about the decisions of the Courts. In general we can affirm that the only Court of Appeal that followed the precedent established by the Supreme Court is the 5th Circuit Court of Appeal. This is exactly the same Court of Appeal the case selected originated from.

All other Court of Appeals distinguished their decisions from the precedent. The Ninth Court of Appeal, as usual, distinguished its decisions following the trend established by the Court of defying Supreme Court precedent when conservative opinions are issued.

The table also shows that the case has been followed more by the Lower Courts than by the Courts of Appeal. The District Courts have more favorable decisions (i.e. following the precedent) than the Court of Appeals. One of the considerations that the Court of Appeals probably does is that a unanimous court didn't establish the precedent, and the dissenting opinion is a very strong one.

Most of the decisions that followed the precedent agreed with the Supreme Court decision in giving a great deference to the plain language and the legislative history of the statute, saying that the term "national origin doesn't embrace citizenship requirements. The Court defined National origin as "the country where a person was born, or, more broadly, the country from which his or her ancestors came".

In my point of view what is the most interesting in the precedent established is that, the Supreme Court to reach the conclusion that the term "national origin" doesn't embrace citizenship requirements, it said that the EEOC guidelines should not be followed. EEOC is the agency provided by law with the responsibility of enforcing the Act's protections and its position is that "discrimination on the basis of alienage always has the effect of discrimination on the basis of national origin."

This is very interesting, especially considering that usually the Supreme Court gives a lot of discretion or, better saying, a lot of deference to the “government agencies” point of view. And, in this precedent, the Court explicitly said that the guidelines are wrong. It said: “The EEOC’s guideline, though perhaps significant in wide range of other situations, does not apply here or support the premise that discrimination on the basis of citizenship is tantamount to discrimination on the basis of national origin.” The Court kept saying that “The Commission’s more recent interpretation of the statute in the guideline relied on by the District Court (which was overruled) is no doubt entitled to great deference, (*Griggs v. Duke Power Co*) but that deference must have limits where, as here, application of the guideline would be inconsistent with an obvious congressional intent not to reach the employment practice in question. Courts need not defer to an administrative construction of a statute where there are compelling indications that it is wrong.”

It must be pointed out that at this time the Federal government had a policy of requiring federal employees to be citizens. That’s why the Court could not bar or prevent private employers from doing the same. If the Court would rule that it was discrimination not hire aliens it would be saying that the federal government was discriminating too. It has also to be considered that Courts deference to Congress’s power over aliens is part of the American history.

We cannot affirm that all the distinguished opinions did not follow the precedent. Because, as the meaning of the word explains, distinguished, does not necessarily means, “Not followed”. Some of the decisions had different facts distinguishing them from the precedent, but some decisions explicitly didn’t follow the precedent. Supreme Courts dissenting opinion is very important to introduce here because it gives support to some of this decisions.

Justice Douglas dissenting said: “It is odd that the Court which holds that a State may not bar an alien from the practice of law or deny employment to aliens can read a federal statute that prohibits discrimination in employment on account of “national origin” so as to permit discrimination against aliens. It could not be clearer that Farah’s policy of excluding aliens is de facto a policy of preferring those who were born in this country. Therefore the construction placed upon the “national origin’ provision is inconsistent with the construction

this Court has placed upon the same Act's protections for person denied employment on account of race or sex.”

Most of the distinguished decisions followed the EEOC's guideline interpretation of the statute giving a lot of deference to the agency's construction of the statute.

Considering the judges themselves, the only thing that the judges that followed the precedent might have in common is their range of age. Most were born in the 1920 and 1930 or even before, and most were white, only one of a minority group. When looking to the judges that distinguished the decisions from the precedent, you cannot find any characteristics that could distinguish them from the other judges. Most have senior status, which might have some influence on their decision and, some were nominated by democratic president others, by republican president. But definitely this precedent is a weak one and allows lower courts to easily defy it. It demonstrates how easily using the instrument of “distinguishing” allows Courts or Judges to decide according their ideas or ideologies.